Der Schutz Minderjähriger

nach § 1666 BGB. und Art. 135 EG. z. BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock in Mecklenburg

vorgelegt von

Leopold Winterfeld

Referendar in Hamburg.

ACAD. LIBRARY BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1911.

Referent: Professor Dr. Karl Lehmann

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553620_0064

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. **Einleitung** 1

Erster Abschnitt.

§ 1666 BGB.

A. Abs. 1 des § 1666 BGB.
1. Voraussetzungen.
§ 2. a) Verschulden 3
§ 3. b) Gefährdung des geistigen und leiblichen Wohls 8
§ 4. c) Mißbrauch des Rechts der Sorge für die Person des Kindes 10
§ 5. d) Vernachlässigung des Kindes 12
§ 6. e) Ehrloses und unsittliches Verhalten 14
2. Die vom Vormundschaftsgericht zu ergreifenden Maßregeln.
§ 7. a) Maßregeln ohne Beschränkung oder Entziehung der Sorge für die Person des Kindes 17
§ 8. b) Die Beschränkung und Entziehung der Sorge für die Person des Kindes 19
B. Abs. 2 des § 1666 BGB.
§ 9. Voraussetzungen und die zu ergreifenden Maßregeln 21
§ 10. C. Entziehung der elterlichen Gewalt 25
§ 11. D. Besondere Fragen 26
§ 12. 1. Die Bestellung eines Pflegers während des Verfahrens aus § 1666 BGB. und nach Beendigung desselben 27
§ 13. 2. Das Recht des Gewalthabers auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde 29
§ 14. 3. Das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts aus § 1666 BGB. während eines zwischen den Ehegatten schwebenden Ehescheidungs- oder Herausgabeprozesses sowie die Entscheidung auf Grund des § 1666 BGB. im Gegensatz zu der einstweiligen Verfügung des § 627 ZPO. 33

Zweiter Abschnitt.

Die Zwangserziehung des § 1666 BGB. und des Art. 135 EG. z. BGB.

§ 15. A. Die Zwangserziehung des § 1666 BGB. 37
§ 16. B. Die Zwangserziehung auf Grund des Art. 135 EG. z. BGB. . . 38
§ 17. C. Die Zivilrechtliche und öffentlichrechtliche Zwangserziehung . 42
§ 18. D. Die Subsidiarität der Zwangserziehung 44

§ 19. **Schlußbemerkung** 50

§ 20. Anhang: Die Zwangserziehungsgesetze der deutschen Bundesstaaten und Elsaß-Lothringens 51

Einleitung.

§ 1.

Vorliegende Arbeit gibt eine systematische Darstellung des § 1666 BGB. und im Anschluß daran die Beziehungen dieses Paragraphen zu dem Art. 135 EG. z. BGB. und das Verhältnis beider zueinander. Sie rechtfertigt sich also ohne weiteres als Erläuterung bestehender Rechtsnormen.

Jedoch auch von einem andern Gesichtspunkte aus erwecken die aufgerührten Fragen unser Interesse.

Kinderschutz und Jugendfürsorge sind aktuelle Zeitfragen. Die moderne Entwicklung hat eine Zersplitterung des Familienlebens mit sich gebracht. Gedacht wird hierbei insbesondere an die sozial niedrig stehenden Volksschichten, an die Arbeiterfamilie. Mann und Frau und auch schon die Kinder müssen helfen, Brot zu verdienen. Die Kinder fahren hierbei am schlimmsten. Die Eltern sind entweder nicht imstande, den Kindern eine gute Erziehung zu bieten, oder die Verhältnisse drücken sie nieder und machen sie gleichgültig. Das Pflichtbewußtsein läßt nach. Man läßt die Sache laufen wie sie läuft.

Die Folgen liegen auf der Hand. Die Jugend wächst verwahrlost heran. Besonders in den Großstädten häufen sich die strafbaren Handlungen Minderjähriger. Diebstähle und Rohheitsdelikte stehen an der Tagesordnung.

Früher half man sich hiergegen mit Waisenhäusern, Findlingshäusern, Armenanstalten und Armenschulen. Den Anforderungen der neuen Zeit war dies alles nicht gewachsen. Neue Mittel mußten gefunden werden, den Übelständen abzuhelfen.

Zuerst griff das bürgerliche Recht ein. Die Verpflichtungen der Eltern ihren Kindern gegenüber wurden durch den Ausbau der Bestimmungen über die elterliche Gewalt im neuen Gesetze neu festgesetzt. Das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht wurde eingerichtet und der Staat nahm für sich die Befugnis in Anspruch, den Eltern Vorschriften für ihr Verhalten zu

geben, und wenn der schützende Einfluß des Hauses fehlte, den Eltern ihre Kinder zu nehmen und ihre Rechte zu entziehen. Die Gesetzgebung ging dann weiter und es entstanden die Zwangserziehungsgesetze der Bundesstaaten, und als deren Grundlage die Bereitwilligkeit der Bundesstaaten zur Hergabe von Mitteln zur Durchführung der Schutzmaßregeln für die Minderjährigen.

Viel ist auf dem Gebiete modernen sozialen Fortschritts getan und geschrieben worden. Das Interesse an diesem Gegenstande hat auch zu der vorliegenden Arbeit geführt.

Erster Abschnitt.

§ 1666 BGB.

A. Abs. I des § 1666 BGB.

1. Voraussetzungen.

§ 2.

a) Verschulden.

Fast durchweg wird in der Rechtsprechung sowohl wie in der Literatur die Ansicht vertreten, der § 1666 BGB. setze ein Verschulden des Gewalthabers voraus. Nur Opet-v. Blume in ihrem Kommentar sowie anscheinend Endemann in seinem Lehrbuch und vor allem ein Aufsatz in der Hessischen Rechtsprechung 9. Jahrg. S. 47 stehen auf dem entgegengesetzten Standpunkt. Es sind dies die Wenigen, die eine von der Gesamtheit verschiedene Ansicht vertreten.

Man müßte hiernach annehmen, insbesondere auch deshalb, da sich gar keine weiteren Anhänger der hier vertretenen Auslegung des Gesetzes gefunden haben, daß die Frage des Verschuldensprinzipes im Falle des § 1666 BGB. endgültig dahin erledigt sei, daß dasselbe ein für allemal fest stünde. Eins macht aber hierbei stutzig. Liest man die große Zahl der diesbezüglichen Entscheidungen wie auch theoretischen Ausführungen, so fällt einem der Eifer auf, mit dem unter immer neuen Gründen und Betrachtungen für die Richtigkeit einer bereits von der Mehrheit der Theoretiker und durch die Rechtsprechung bereits festgelegten Frage eingetreten wird. Es läßt sich dies nur daraus erklären, daß bei einer ersten Betrachtung des Gesetzes die Auslegung Zweifel laut werden läßt, die durch die das Verschuldensprinzip behauptenden vorliegenden Betrachtungen nicht ohne weiteres beseitigt werden. Schuld an den Zweifeln ist die Fassung des Gesetzestextes. Durch eine deutlichere Fassung wäre etwas Derartiges vermieden worden. Um so unverständlicher ist diese unklare Gesetzesfassung, als sich der Gesetzgeber

der verschiedenen Beurteilung und Auffassung der Vorschrift bewußt war.

Als Ausgangspunkt der vorliegenden Betrachtungen ist immer auf die Entstehungsgeschichte des Paragraphen zurückgegriffen worden. Dieselbe hat sich folgendermaßen abgespielt:

Der § 1546 1. Entw. lautete wie der jetzige § 1666 BGB., nur lautete der Satz 3: „Sofern das Interesse des Kindes es erfordert, kann das Vormundschaftsgericht auch die elterliche Gewalt mit Ausnahme der elterlichen Nutznießung ganz oder teilweise entziehen".

In der 2. Kommission[1]) wurde dann der Antrag gestellt, den Vater durch Anordnungen des Vormundschaftsgerichts in seinem Rechte der Sorge für die Person des Kindes auch dann zu beschränken, „wenn das Kind sittlich verwahrlost ist und nach der Persönlichkeit und den Lebensverhältnissen des Vaters die Annahme gerechtfertigt ist, daß die elterliche Zucht zur Besserung des Kindes nicht ausreicht".

Dieser Antrag wurde angenommen und demnach lautete der § 1643 in dem Entwurf in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage genau wie der heutige § 1666 BGB., nur war ein Absatz eingeschoben:

„Das gleiche gilt, wenn das Kind sittlich verwahrlost und nach der Person des Vaters ... anzunehmen ist, daß die elterliche Erziehungsgewalt zur Besserung des Kindes nicht ausreicht".

Das heißt also mit anderen Worten, das Vormundschaftsgericht soll befugt sein, einzugreifen, wenn sich aus den Lebensverhältnissen eine Gefahr ergibt und diese besonderen Umstände, unter denen das Kind lebt, nicht auf ein Verhalten des Vaters zurückzuführen sind.

Dieses Einschiebsel wurde aber von der Reichstagskommission wieder gestrichen.[2])

Auf Grund dieser Entstehungsgeschichte nun nimmt vor allen Engelmann bei Staudinger an, daß der Gesetzgeber die Anwendbarkeit des § 1666 BGB. von der Voraussetzung des Verschuldens abhängig wissen wollte.

Wenn wir die Gesetzesmaterialien durchsehen, so finden wir sowohl in den Motiven[3]) bei der Erwägung der Voraussetzungen des § 1546, als auch in den Protokollen[4]) bei der

---

[1]) Prot. Bd. 4 S. 619.
[2]) Bericht der Reichstagskommission S. 149ff.
[3]) S. 807.
[4]) Bd. 4 S. 619.

Begründung der neuen Anträge sowie den Entgegnungen hierauf und der endgültigen Zurückweisung derselben in der Reichstagskommission streng geschieden auf der einen Seite die Gegner, auf der andern Seite die Fürsprecher des Verschuldensprinzipes. Wenn Opet-v. Blume meinen, die Worte „Verschulden“ und „Verschuldensprinzip“ seien nur beiläufig gefallene und es sei ihnen keine weitere Bedeutung zuzumessen, so ist dies nicht richtig.

Wir sind nicht der Meinung, daß die Verhandlungen der 2. Kommission sich nur darauf erstreckt haben, ob nur diejenige Gefährdung des Kindes zu berücksichtigen sei, die Folge des Verhaltens des Gewalthabers wäre, oder ob nicht nur in der Verursachung der Gefahr durch den Gewalthaber, sondern auch in seiner Unfähigkeit, die Gefahr zu beseitigen, ein Grund zu sehen sei, um gegen ihn einzuschreiten. Dies war nicht allein der Grund der damaligen Erörterungen. Aus jenen Erwägungen für und wider — bei denen oft auf die Partikulargesetzgebung, die das Verschuldensprinzip aufgegeben hatte, Bezug genommen wurde — spricht aus jeder Zeile, über welche Frage hier disputiert wird. Legt man also auf die Entstehung des Gesetzes und den mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers Gewicht, so kann man m. E. unmöglich zu dem von Opet-v. Blume vertretenen Ergebnis gelangen.

Eine weitere Frage ist aber die, ob wir der Entstehungsgeschichte als einzigsten Stützpunkt bei der Auslegung des § 1666 BGB. durchaus bedürfen.

Motive und sonstige Erwägungen, die zu der Entstehung eines Gesetzes geführt haben, sind wohl geeignet, bei der späteren Auslegung desselben nach dieser oder jener Richtung hin einen Fingerzeig zu geben. Verpflichtet aber, aus jenen Erwägungen den mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers, wenn er im Gesetz selbst nicht zum klaren Ausdruck gekommen ist, zum Gesetze zu stempeln, sind wir nicht. In erster Linie wird für uns immer der Gesetzestext selbst in Betracht kommen müssen. Der Wortlaut des § 1666 BGB. zwingt aber m. E. durchaus nicht zu der Annahme, daß seine Anwendung von der Voraussetzung des Verschuldens abhängig zu machen sei.

Ehe wir dies zu begründen versuchen wollen, wollen wir etwaigen Einwürfen, die uns vielleicht gemacht werden könnten, schon im voraus entgegentreten.

Es könnte eingewendet werden, da wir selbst zugegeben hätten, daß mit Sicherheit die Absicht des Gesetzgebers festgestellt ist, das Verschuldensprinzip anzuwenden, so sei eine Auslegung, die sich die nicht ganz klare Ausdrucksweise des

Gesetzes derartig zunutze macht, daß sie das Gegenteil aus dem Gesetze herausliest, unzulässig. Hierauf wäre einmal zu erwidern, daß bei einer Auslegung man sich in erster Linie an den vorliegenden Text zu halten habe, andererseits aber tragen wir keine Bedenken, eine bei den Beratungen mit nur geringer Majorität vertretene Ansicht fallen zu lassen und mit allen Mitteln für eine andere einzutreten, von deren Richtigkeit wir überzeugt sind.

Im Gegensatz zu der herrschenden Meinung[1]) sind wir der Ansicht, daß das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1666 BGB. nicht davon abhängig ist, ob den Gewalthaber ein Verschulden trifft.

Bei der Aufstellung dieser Behauptung halten wir uns an die wörtliche Auslegung des Gesetzestextes.

Das Vormundschaftsgericht darf nämlich einschreiten, wenn das leibliche oder geistige Wohl des Kindes dadurch gefährdet wird, daß der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht und das Kind vernachlässigt. Ein Mißbrauch und eine Vernachlässigung können aber sehr wohl vorliegen, ohne daß ein Verschulden vorliegt. Denn in dem Begriff des „Mißbrauchs“ und ebenso der „Vernachlässigung“ ist der Begriff „Verschulden“ nicht enthalten.[2]) Die Begriffe „Schuld“ und „Verschulden“ sind nicht rein juristische. Ihre allgemeine Bedeutung ist viel umstritten, ja von dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit der freien Willensbestimmung werden sie überhaupt geleugnet. Aber auch die Gesetzesmaterialien ergeben zu den von einem „Mißbrauch“ handelnden Stellen nichts darüber, daß der Mißbrauch als ein „Verschulden“ verstanden werden solle, daß er etwas „Subjektives“ sei.[3]) Derjenige, der mißbräuchlich handelt, kann dies sehr wohl bona fide tun, ohne sich des Mißbrauchs bewußt zu sein. Man denke nur an die verschiedenen Anschauungen verschiedener Länder, und man wird zugeben müssen, daß sehr wohl jemand in einem fremden Lande eine

---

[1]) vgl. Hess. Rechtspr. Bd. 9 S. 78; Schlesw.-Holst. Anz. 1908 S. 273; ZblFG. Bd. 3 S. 118, 320, 234; OLG. Bd. 4 S. 273, Bd. 1 S. 484, Bd. 3 S. 2; Recht 1903 S. 483; KGBl. Bd. 14 S. 60; KGJ. Bd. 33 A S. 14; Württemb. ZblFG. Bd. 46 S. 136; Bl. f. Rechtspfl. in Thür. Bd. 50 S. 119; Soergel, Rechtspr. 1907 zu § 1666 BGB. Nr. 2; KG. v. 11. 7. 1907, Schultheis S. 260; Knitschky S. 216; Boehm S. 21; Fischer-Henle Anm. 2; Staudinger-Engelmann II; Planck 1c; Neumann I; Crome S. 537; Enneccerus-Lehmann Bd. 2 S. 374; Mayer-Reis Bd. 1 S. 309 Anm. 11; Matthiaß Bd. 2 S. 346; Türcke-Niedenführ-Winter Bd. 2 S. 789; Müller-Meikel.

[2]) Dagegen ZblFG. Bd. 3 S. 119.

[3]) Weyl S. 376.

Handlung begehen kann, die im Gegensatz zu den ihm vertrauten Anschauungen einen Mißbrauch in sich schließt. Ein Verschulden wird ihn aber nicht treffen, vielmehr wird er von der Rechtmäßigkeit seines Handelns überzeugt sein.[1]) Ebenso objektiv müssen wir auch den Mißbrauch des Vaters mit Bezug auf die Sorge für die Person seiner Kinder verstehen.

Auch die Gefährdung des Kindes infolge Vernachlässigung desselben braucht nicht auf einem Verschulden zu beruhen.[2])

Eine Vernachlässigung des Kindes kann auf sehr verschiedene Weise eintreten, ohne daß den Gewalthaber auch nur das geringste Verschulden zu treffen braucht. Das Gesetz spricht von einer Gefährdung dadurch, „daß der Vater das Kind vernachlässigt". Die Vernachlässigung muß allerdings vom Vater „verursacht" sein, sie muß ihm zugerechnet werden können und nicht irgendwelchen anderen Umständen. Leicht aber kann der Vater die Ursache hierzu abgeben, ohne daß ihn eine Schuld trifft. Das ist aber alles, was das Gesetz verlangt, von einer verschuldeten Vernachlässigung spricht es nicht.

Anders ist allerdings jene Vernachlässigung des Kindes zu beurteilen, die dadurch verursacht wird, daß der Vater sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht. Wir sind nicht der Ansicht, daß durch die Ausdrücke „unsittlich" und „ehrlos" nur ein Makel gegen denjenigen ausgedrückt werden soll, der ein solches Verhalten an den Tag legt,[3]) sondern daß das unsittliche und ehrlose Verhalten stets in der Person desjenigen, dem es zur Last fällt, das Vorhandensein einer culpa voraussetzt.[4])

Außerdem gebraucht hier ja das Gesetz die Worte „sich schuldig macht". Man wird also in diesem Falle von der Voraussetzung eines Verschuldens sprechen können.

Unserer Ansicht nach wäre also schon bei einer wörtlichen Auslegung des § 1666 BGB. mit der herrschenden Anschauung zu brechen. Und warum sträubt man sich denn gegen diese Auslegung? Alle die Gründe, die bei den Erwägungen als Verteidigungsmittel des Verschuldensprinzipes herangeholt waren, waren schon damals oder sind jetzt nicht ausschlaggebend. Es hieß damals, wolle man das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts nicht von einem Verschulden abhängig machen, so bedeute dies eine vollständige Außerkraftsetzung des Elternrechts

---

[1]) vgl. Stammler S. 363, 666.
[2]) Weyl S. 351 Anm. 8; Endemann S. 565; Opet S. 203.
[3]) Weyl S. 351, 4.
[4]) Opet S. 203.

am Kinde. Unbedingt müsse von der Hand gewiesen werden, daß der Staat den Eltern die Kinder nehmen könnte, wenn die Eltern persönlich alles täten, was in ihrer Macht stände, um das Kind gut zu erziehen, so daß sie persönlich keinerlei Schuld für die Verwahrlosung treffe. Auf keinen Fall soll der Staat als Vater in subsidio anzusehen sein, der, wenn es ihm gut erscheine, seine Rechte als Erzieher über das Erziehungsrecht der natürlichen Eltern stellen dürfe. Dies sei ein unerträglicher Eingriff in das natürliche Recht der Eltern auf ihr Kind.

Diese Einwendungen sind heute dadurch erledigt, daß die Landesgesetzgebung befugt ist, die Zwangserziehung auch dann anzuordnen, wenn die Eltern kein Verschulden trifft. Darüber herrscht kein Zweifel.

Schon damals ist darauf hingewiesen worden, und da es die Entwicklung bestätigt hat, müssen wir es heute um so mehr tun. Die Forderung, das Verschuldensprinzip aufzugeben, ist ein Ergebnis der modernen Sozialpolitik. Wenn der Vater in der Fabrik, die Mutter auf Arbeit, die Kinder während des Tages unter keinerlei Zucht stehen, was nützt es da, daß sie außerdem alles mögliche für ihre Kinder tun, wenn diese doch verwahrlosen. Dem Elternrecht auf Erziehung steht eben eine Pflicht gegenüber, und wenn sie diese nicht erfüllen können, muß der Staat im eigenen Interesse und in dem der Kinder befugt sein, einzugreifen. Ist es nicht gleichgültig, ob dem, z. B. trunksüchtigen oder geistesschwachen Vater die Mißhandlung seines Kindes noch zur Schuld angerechnet werden darf oder nicht? Es handelt sich doch hier nicht um eine Art Privatstrafe gegen die Eltern, sondern den Kindern soll Hilfe und Schutz gewährt werden. Jenen aber, die Bedenken haben, die Behörden könnten mißbräuchlich nach freiem Belieben in das Privatleben eingreifen, ist zu erwidern, daß als Voraussetzung doch immer das Vorhandensein einer drohenden sittlichen Verwahrlosung, eines objektiven dauernden Zustandes erforderlich ist.

§ 3.

b) Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes.

Der Schutz, den der § 1666 BGB. dem minderjährigen Kinde gewährt, ist dann notwendig, wenn das Wohl des Kindes geistig oder leiblich gefährdet wird. Eine solche Gefährdung wird dann anzunehmen sein, wenn eine begründete Besorgnis, daß das Kind geschädigt werde, vorhanden ist. Diese Besorgnis wird sich aus den tatsächlichen Verhältnissen ergeben. Es muß die Wahr-

scheinlichkeit vorliegen und sie muß durch die gegebenen Umstände begründet sein, daß das Kind geschädigt werden wird. Eine „erhebliche“ Gefährdung wird, wie dies andere Gesetzbücher[1]) vorschrieben, nicht als Voraussetzung für das Einschreiten der Vormundschaftsbehörde verlangt. Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch weisen die Aufnahme eines derartigen Zusatzes mit dem Einwand zurück, daß es im Interesse des Kindes ratsam sei, der Vormundschaftsbehörde möglichst freie Hand zu lassen. Ein mißbräuchliches Einschreiten der Vormundschaftsbehörde wird auch dadurch abgewendet, daß je nach der Lage des Falles nur immer die „erforderlichen“ Maßregeln zu treffen sind.

Der Eintritt der Schädigung selbst braucht nicht abgewartet zu werden,[2]) denn die Gefährdung bedeutet, wie gesagt, nur eine Besorgnis der Schädigung, und solche Besorgnis wird schon immer vorher vorhanden sein.

Auch ist nicht erforderlich, daß die Gründe, die eine solche Besorgnis als gerechtfertigt erscheinen lassen, in der Gegenwart liegen.[3]) Eine Gefährdung kann auch durch frühere Verfehlungen des Gewalthabers begründet sein, wenn die Art seines Verhaltens auf Wiederholung eines solchen Gebahrens schließen läßt, oder wenn anzunehmen ist, daß trotz der verflossenen Zeit immer noch eine Einwirkung auf das Kind möglich erscheint. Dies muß sich wiederum aus den Umständen ergeben. Hat aber der Gewalthaber sein früheres Verhalten aufgegeben und ist auch kein Rückfall mehr zu befürchten, so wird kein Anlaß zum Einschreiten für die Vormundschaftsbehörde vorliegen.[4]) Immerhin wird aber, wenn ein Rückfall befürchtet wird, ein einmaliger Vorgang schon eine Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes herbeiführen können.[5]) Dies wird dann der Fall sein, wenn seine Wirkungen sich bis in die Zukunft erstrecken, wenn ein „Verhalten“ vorliegt, das befürchten läßt, ähnliches werde sich wiederholen.

Von besonderer Bedeutung bei der Feststellung, ob eine Gefährdung vorliegt, ist das Alter des Kindes und seine geistige

---

[1]) Sächs. BGB. § 1803; weimar. Gesetz v. 27. 3. 1872 § 16.

[2]) Planck 1d; Beschl. d. OLG. München v. 9. 10. 1902, Samml. n. F. Bd. 3 S. 802, v. 24. 1. 1903, OLG. Bd. 4 S. 85, v. 30. 6. 1905, v. 13. 9. 1906, Recht 1905 S. 530, 1906 S. 1189.

[3]) Staudinger-Engelmann II A, 2; Beschl. d. OLG. München v. 13. 2. 1903 und v. 15. 9. 1903, Samml. n. F. Bd. 4 S. 156, 627 ff., v. 9. 12. 1904, Seufferts Bl. f. RA. Bd. 70 S. 179; Beschl. v. 24. 4. 1902, KG. I. Zivilsenat, OLG. Bd. 4 S. 411.

[4]) Seufferts Bl. f. RA. 1905 S. 179.

[5]) Neumann 1; Opet S. 205; Schultheis S. 259.

Entwicklung. So ist mit Recht angenommen worden, daß der Vater, der einen Ehebruch begangen hat, durch dieses Verhalten sein fünfjähriges Kind gefährdet. In der dem Alter eines fünfjährigen Kindes entsprechenden geistigen Entwicklung ist somit eine zureichende Begründung der Annahme, daß das Wohl des Kindes gefährdet wird, gefunden worden. Anders aber bei dem zweijährigen Kinde. Hier wurde die Gefahr eines verderblichen Einflusses auf die sittliche Entwicklung des Kindes nicht als selbstverständlich angesehen. Es hätten noch besondere Umstände hinzukommen müssen, denn die bloße Möglichkeit einer späteren Gefährdung ohne begründete Besorgnis genügt nicht als Voraussetzung des Eingreifens des Vormundschaftsgerichts.[1])

Bei der Frage, ob überhaupt und wann eine Gefährdung des leiblichen oder geistigen Wohles des Kindes vorliegt, muß dem Vormundschaftsrichter möglichst freie Hand gelassen werden, und dieser wiederum darf dem Begriff der Gefährdung keine engherzige Auslegung zuteil werden lassen. Wie schon oben erwähnt, weisen die Motive etwaige Befürchtungen, die einschränkende Zusätze nötig machen würden, zurück. Und faßt man den Zweck des § 1666 BGB. ins Auge, so würde ein Verfahren, bei dem man von kleinlichen Gesichtspunkten aus immer erst so lange warten wollte, bis das Kind bereits leiblich und geistig verdorben ist, dazu führen, daß die ganze Vorschrift beinahe illusorisch würde.

Wie Endemann[2]) richtig bemerkt, setzt besonders die sittliche Verwahrlosung unmerklich ein: Das schlechte Beispiel der Eltern fälscht den Charakter schon in frühester Jugend. Ist nachher der Verderb eingetreten, so ist er schwer wieder gutzumachen, und da es sich hier nicht um eine Strafe handelt, die der Gewalthaber verwirkt, sondern um eine Schutzmaßregel für das Kind, muß eingegriffen werden, solange noch etwas gutzumachen geht, und dieses je eher, je besser.

§ 4.

c) Mißbrauch des Rechts der Sorge für die Person des Kindes.

Das geistige oder leibliche Wohl des Kindes wird dadurch gefährdet, daß der Gewalthaber das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht.

---

[1]) Bayer. OLG. v. 9. 10. 1902, Recht 1902 S. 575.
[2]) S. 565.

Die Gefährdung muß sich aus einem unrichtigen Verhalten des Gewalthabers ergeben, das einen Mißbrauch des Rechts der Sorge für die Person darstellt. Nach Stammler[1]) ist unter Mißbrauch jede Einwirkung auf die persönlichen Verhältnisse des Kindes zu verstehen, die nicht das Wohl des Kindes zum Zwecke hat, denn nur alles das, was zum Wohle des Kindes getan wird, läßt sich als Fürsorge bezeichnen. Alle sonstigen Handlungen, die gegen das Kind gerichtet sind, sind mißbräuchliche. Der Begriff ist schwer zu definieren. Das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern ist kein Vertrag, somit kann man den Mißbrauch nicht als „vertragswidrigen Gebrauch" und auch nicht als „verbotswidrigen Gebrauch" bezeichnen, da keine strafbare Handlung vorliegt. Allgemeine Ausdrücke wie „falsch" und „unrichtig" führen zu keinem Ergebnis, da sie keine festen Umgrenzungen geben. Die Motive scheinen eine Absicht, den Begriff festzulegen, auch nicht gehabt zu haben, denn das Gesetz verlangt nicht, daß der Mißbrauch ein „schwerer" zu sein braucht, sondern überläßt die Beurteilung dem Gutdünken des Richters. Ganz richtig wird in einer Abhandlung im Recht 1905 S. 331 bemerkt, daß der Richter für den einzelnen Fall gar nicht wissen kann, ob ein mißbräuchliches Verhalten des Gewalthabers vorliegt, da er ja nie dabei gewesen ist und demnach „dieser Rechtsbegriff so dehnbar ist, daß zu besorgen ist, es könne auch mit ihm selbst ‚Mißbrauch' getrieben werden". Es bleibt aber kein Ausweg. Abgesehen von der angegebenen Richtung, in der Erwägungen angestellt werden müssen, muß die Feststellung der Voraussetzung dem Ermessen des Richters überlassen bleiben.

Im einzelnen sei erwähnt, daß ein Mißbrauch dann vorliegen wird, wenn der Gewalthaber das Kind zum Bösen verleitet[2]) oder es zu einem seinen Fähigkeiten nicht entsprechenden Beruf zwingt.[3]) Jede Überschreitung des Züchtigungsrechts von seiten des Gewalthabers ist hierher zu rechnen,[4]) auch wenn sie nur von seiten eines Stiefelternteils geduldet wird.[5]) Ferner wenn der Vater das Kind für seine Zwecke ausnutzt und etwa schon vor der Schulzeit seine Arbeitskraft überanstrengt,[6]) das Zwingen der Tochter zu einer ihr widerstrebenden Heirat,[7]) das

---

[1]) S. 367, 368.
[2]) Staudinger-Engelmann II B, 1.
[3]) Boehm S. 21.
[4]) KG., Beschl. v. 10. 10. 1902, OLG. Bd. 6 S. 288; Opet-v. Blume, Knitschky S. 215.
[5]) Endemann S. 565.
[6]) KG. I. Zivilsenat, Beschl. v. 18. 2. 1904, OLG. Bd. 10 S. 1.
[7]) Knitschky S. 215.

Anhalten der Kinder zum Betteln; ja sogar die Verweigerung von Taschengeld ist schon für einen Mißbrauch der Sorge für die Person des Kindes angesehen worden.[1])

Als besonderer Fall sei noch erwähnt die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs. Unter besonderen Umständen ist nämlich auch das Verlangen des zur Herausgabe Berechtigten als ein mißbräuchliches zu betrachten, so wenn das Kind infolge jugendlichen Alters unbedingt der mütterlichen Pflege bedarf, oder wenn der Vater ein ganz heruntergekommener Mensch ist, der nicht arbeitet, seine Frau mißhandelt und beschimpft, das Kind aber bei der Mutter gut untergebracht ist, überhaupt wenn der die Herausgabe verlangende Elternteil zur Erziehung ungeeignet ist, während für das Kind anderweitig gut gesorgt wird.[2])

§ 5.

d) Vernachlässigung des Kindes.

Eine Vernachlässigung des Kindes wird dann vorliegen, wenn die Eltern ihren Verpflichtungen betreffend die Fürsorge für ihr Kind überhaupt nicht oder nicht im gehörigen Maße nachkommen, d. h. sowohl wenn sie sich um ihr Kind nicht kümmern als auch wenn unrichtige Erziehungsmaßregeln angewandt werden. Hauptsächlich wird es sich hierbei aber im Gegensatz zum Mißbrauch, der ein Handeln verlangt, um etwas Negatives, um ein Unterlassen handeln. Der Gewalthaber vernachlässigt sein Kind dann, wenn er alles das, was „ein ordentlicher Vater" unter den gegebenen Umständen für das Kind tun würde, unterläßt, und zwar auf allen Gebieten der Sorge, sowohl hinsichtlich der Pflege des Körpers als auch der allgemeinen und beruflichen Erziehung.

Hierher würde gehören, wenn der Vater das Kind nicht zum Schulbesuch anhält,[3]) wenn er ein schwachsinniges Kind, dessen Fortbildung mit den gewöhnlichen Mitteln nicht gefördert werden kann, nicht in eine für dasselbe passende Anstalt unterbringt,[4]) überhaupt wenn dem Kinde nicht die nötige Aufsicht zuteil wird.[5]) Auch wenn der Vater unrechten und schlechten

---

[1]) Zeitschr. f. Not. in Bayern 1901 S. 56.

[2]) OLG. Stuttgart, Beschl. v. 11. 8. 1900, DJZ. 1900 S. 400; ObLG. München, Beschl. v. 2. 10. 1903, im Recht 1903 S. 528; Beschl. d. ObLG. München, Samml. n. F. Bd. 1 S. 456.

[3]) Opet S. 202 Anm. 78.

[4]) OLG. Dresden, Beschl. v. 23. 7. 1904, ZblFG. Bd. 5 S. 492.

[5]) Knitschky S. 215.

Neigungen und Anlagen des Kindes Vorschub leistet oder ihnen aus Mangel an Energie und Entschlossenheit nicht mit der nötigen Strenge entgegentritt, wird eine Vernachlässigung vorliegen.[1])

Der Vater ist verpflichtet, sich tätig um sein Kind zu kümmern, und die Voraussetzung des § 1666 BGB. wird auch dann gegeben sein, wenn er nicht Sorge dafür trägt, selbst Einwirkungen von seiten des andern Elternteils oder dritter Personen zu verhindern, die zum Schaden des Kindes von seiten dieser Personen sich gegen dasselbe wenden. Der Vater darf auch hier die erforderlichen Maßregeln nicht unterlassen, wenn er sein Kind nicht vernachlässigen will.[2])

Anders liegt der Fall aber, wenn das Kind ungenügende Ernährung und Bekleidung erhält, oder wenn der Vater dem Kinde die zur Vorbereitung für einen bestimmten Beruf erforderlichen Mittel ohne genügenden Grund verweigert. Der Feriensenat des Kammergerichts[3]) hat auch hier eine Vernachlässigung angenommen. Dies ist aber nicht richtig, ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts ist hier nicht gerechtfertigt. Der Vater sorgt ja hier für das Kind, wenn auch nicht in genügender Weise. Wenn er sein Kind nicht standesgemäß erziehen läßt, so macht er sich einer Verletzung seiner Unterhaltspflicht schuldig und kann nur im Wege der Klage zur Hergabe der erforderlichen Mittel gezwungen werden.[4]) Der Schweizer Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches erblickte allerdings schon in der Nichtgewährung einer angemessenen Erziehung eine Verletzung der Elternpflicht.[5]) Ich halte diesen Standpunkt nicht für richtig. Im Laufe eines Prozesses kann der Vater leicht von der Unrichtigkeit seines Verhaltens überzeugt werden und die vom Gericht erkannten, im gegebenen Fall für richtig befundenen Maßregeln auch seinerseits für erforderlich anerkennen und ihnen kraft besserer Einsicht nachkommen. Ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts würde womöglich zu einer Entziehung der Sorge für das Kind führen, wozu, wenn kraft Urteils dem Kinde zu seinem Recht verholfen werden kann, ein Anlaß nicht vorzuliegen scheint.

---

[1]) ObLG. München, Beschl. v. 1. 6. 1901, n. F. Bd. 2 S. 368.

[2]) KG., Beschl. v. 10. 10. 1902, OLG. Bd. 6 S. 288; ObLG. München, Beschl. v. 27. 6. 1901, Samml. n. F. Bd. 2 S. 464, Beschl. v. 22. 9. 1906, im Recht 1906 S. 1264.

[3]) Beschl. v. 31. 7. 1900, OLG. Bd. 1 S. 450; ebenso Boehm S. 21.

[4]) Opet S. 202.

[5]) Art. 298 Abs. 1.

§ 6.

e) Ehrloses und unsittliches Verhalten.

Ferner soll nach § 1666 BGB. ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts statthaft sein, wenn eine Gefährdung des leiblichen und geistigen Wohls des Kindes infolge ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens der Eltern zu besorgen ist.

In der 2. Kommission wurde der Antrag gestellt, die Voraussetzung der Gefährdung durch ehrloses und unsittliches Verhalten nicht in den Paragraphen aufzunehmen, da der Begriff zu dehnbar und daher die Auslegung schwierig sei. Der Antrag fand jedoch keine Annahme.

Ehrlos wäre nach kurzer Definition ein Verhalten, das den herrschenden Ehrbegriffen, und unsittlich ein Verhalten, das den herrschenden Sittlichkeitsbegriffen widerspricht. An dem Richter ist es nun, zu wissen, wie die herrschenden Ehr- und Sittlichkeitsbegriffe sind. Es wäre vollkommen zwecklos, genauere Definitionen aufstellen zu wollen. Dem Gefühl und dem Takt des Richters muß es vollkommen überlassen bleiben, aus sich selbst heraus im gegebenen Falle die richtige Entscheidung zu treffen. Liegen solche krasse Fälle vor, wie die Begehung eines entehrenden Verbrechens, Trunksucht, Führung eines schimpflichen Gewerbes, wie Wucher, Prostitution oder Bordellwirtschaft, oder daß der Gewalthaber sich unsittliche Handlungen zuschulden kommen läßt oder dem Leben seines eigenen Kindes nachstellt, so wird niemand zweifeln, daß die Voraussetzungen gegeben sind. Aber auch in zweifelhaften Fällen hat die Ansicht des Richters zu entscheiden. Die einzige Garantie muß uns seine Stellung geben, seine Bildung, nicht nur die juristische, sondern die allgemeine Fähigkeit, aus dem Verkehr mit allen Bevölkerungsschichten die maßgebenden Anschauungen zu einer möglichst objektiven Ansicht zu formen und durch seine Qualifikation als Richter zum Urteil zu machen. Hiermit müssen wir uns zufrieden geben.

Die Frage, die wir hier berühren wollen, ist nur die, ob die Erwägungen des Richters sich im einzelnen Falle darauf zu beziehen haben, ob ein ehrloses „oder“ unsittliches Verhalten vorliegt, oder ob ein derartiger Unterschied nicht gemacht werden braucht.

Bei den Beratungen war man sich darüber einig, daß für den Tatbestand des § 1666 BGB. nur ein ehrloses Verhalten in Be-

tracht käme, welches zugleich unsittlich sei.[1]) Dem widerspricht aber der Wortlaut des Gesetzes, denn es heißt hier ehrlos „oder" unsittlich.[2]) Es ist nun geäußert worden, ehrlos und unsittlich bedeute dasselbe, ehrlos sei nur hinzugefügt worden, um den Irrtum zu vermeiden, daß unsittlich nur in geschlechtlicher Hinsicht zu verstehen sei. Stammler[3]) führt aus, ehrlos könne gegenüber unsittlich etwas Selbständiges nur in der ritterlichen Ehre bedeuten, die hier nicht gemeint sein kann, denn sie wäre ein positives Institut nach konventionellen Regeln. Auch Stammler hegt die Ansicht, der Begriff ehrlos sei hinzugefügt worden als bloßes Flickwort, um der Gefahr vorzubeugen, daß unsittlich hier nur, wie im gewöhnlichen Leben, in der beschränkten Bedeutung von „geschlechtlich inkorrekt" ausgelegt würde.

Der Meinung, daß es sich hier nicht um eine Standesehre handelt, die nur innerhalb eines bestimmten Personenkreises respektiert wird, muß beigetreten werden. Die Ansicht jedoch, ehrlos sei nur hinzugefügt, um eine einseitige Auslegung des Begriffes „unsittlich" zu verhüten, scheint, wenn auch leicht erklärlich, doch nicht genügend begründet. Es hätte sich dann doch bei den Beratungen, in Protokollen oder Motiven, eine derartige Andeutung gefunden. Auch ist m. M. nach eine Identifizierung zweier Begriffe nicht ohne weiteres zulässig, und wenn die Sprache zwei verschiedene Worte gefunden hat, wird in den meisten Fällen auch ein Unterschied vorhanden sein.

Opet in seinem Verwandtschaftsrecht[4]) stellt folgende Konstruktion auf. Teilweise ist beiden Begriffen derselbe Inhalt eigen, nämlich es handelt sich um ein tadelnswertes, von der Rechtsordnung gemißbilligtes Verhalten. Der Unterschied liege nur darin, daß das für den Ausspruch des Tadels zuständige Organ ein anderes ist, je nach dem das gemißbilligte Verhalten den Charakter des ehrlosen oder unsittlichen trägt. Ehrlos sei demnach das Verhalten einer Person, das von ihren Klassengenossen wegen seines, dem für diese Gesellschaftsschicht maßgebenden Ehrbegriff widersprechenden Charakters als unzulässig beurteilt wird. Eine Qualifizierung als unsittlich empfängt dagegen das Verhalten einer Person nicht durch den Tadel einer einzigen Bevölkerungsschicht, sondern durch das, jenes Verhalten als unstatthaft verwerfende Moralurteil der Gesamtheit.

Diese Ansicht scheint mir nicht richtig. Opet sagt[5]) aus-

[1]) Prot. Bd. 4 S. 625.
[2]) Staudinger-Engelmann II B, 3.
[3]) S. 366.
[4]) S. 203.
[5]) S. 203 Anm. 82.

drücklich, daß nur wenn die Ehre als Standesbegriff aufgefaßt wird, Fälle ehrlosen und doch nicht unsittlichen Charakters konstruiert werden können, und dennoch läßt er das für die Beurteilung des Begriffs „ehrlos“ zuständige Organ einen bestimmten Kreis von Personen, die Klassengenossen, sein. Nach seiner eigenen vorher geäußerten Meinung ist dies nicht angängig. „Stand“ oder „Klasse“ oder „Gesellschaftsschicht“ sind immer eine begrenzte Anzahl von Personen, der eine Beurteilung des Begriffes nicht zugestanden werden darf.

Warum soll hier nicht auch das Moralurteil der Gesamtheit entscheiden? Dem Richter bleibt es überlassen, dasselbe festzustellen.

Von besonders großer praktischer Bedeutung ist letztere Frage überhaupt nicht. „Ehrlos“ und „unsittlich“ sind beides nebeneinander Voraussetzungen des Paragraphen. Es genügt eine, um den Tatbestand zu umfassen, und außerdem wird in den meisten Fällen ein ehrloses Verhalten auch zugleich unsittlich, und ein unsittliches zugleich ehrlos sein.

Ein ehrloses oder unsittliches Verhalten liegt vor, wenn Handlungen begangen sind, die eine Erbunwürdigkeit begründen.[1]) Doch braucht dies nicht immer der Fall zu sein, die Umstände müssen es ergeben. Selbst nicht Handlungen, die unser Strafgesetzbuch bestraft, mag nun neben einer Freiheitsstrafe auch auf Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden können,[2]) oder mag sogar der Tatbestand eines Sittlichkeitsdelikts vorliegen,[3]) werden immer ein unsittliches Verhalten in sich schließen, so z. B. Bigamie. Aber umgekehrt braucht auch nicht jedes unsittliche Verhalten mit einem Sittlichkeitsdelikt zusammen zu fallen, wie z. B. Trunksucht. Jedoch werden wir bei den Verbrechen, bei denen immer auf Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden muß, auch immer ein ehrloses und unsittliches Verhalten anzunehmen haben.[4])

Daß selbst ein Verhalten des Gewalthabers, das vor der Erlangung der elterlichen Gewalt liegt, den Tatbestand begründen kann, vorausgesetzt, daß eine Gefährdung des Kindes nach der dazwischen liegenden Zeit und nach der Art der Verfehlung nicht ausgeschlossen ist, ist schon oben erwähnt worden.

Zuletzt sei noch erwähnt, inwieweit das Verhalten des Gewalthabers in politischer und religiöser Hinsicht Anlaß zum Einschreiten des Vormundschaftsgerichts geben kann.

---

[1]) Knitschky S. 215.
[2]) vgl. Mot. S. 804.
[3]) Opet S. 203.
[4]) Knitschky S. 215.

In der Reichstagskommission sowie im Reichstag wurde der Antrag gestellt, ausdrücklich zu bestimmen, daß eine Einwirkung auf das Kind in dieser Beziehung niemals ein unsittliches oder ehrloses Verhalten ausmachen könne.[1]) Der Antrag fand allerdings keine Annahme. Man wird aber annehmen müssen, daß regelmäßig das Vormundschaftsgericht aus Erwägungen religiöser und politischer Natur nicht einzuschreiten hat. Doch sind im einzelnen Falle Ausnahmen denkbar, wenn auch nur unter besonderen Umständen. Man denke sich Fälle, wo der Vater das Kind in anarchistischen Grundsätzen oder unter Einweihung in das Blutritual des Hügsmannschen Teufelskult unterweist, und man wird zu der Überzeugung kommen, daß sein Verhalten ein ehrloses und unsittliches ist.[2])

2. Die von dem Vormundschaftsgericht zu ergreifenden Maßregeln.

§ 7.

a) Maßregeln ohne Beschränkung oder Entziehung der Sorge für die Person des Kindes.

Ergibt der dem Richter vorliegende Tatbestand, daß sämtliche Voraussetzungen des § 1666 BGB. vorliegen, so verlangt das Gesetz, daß die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln getroffen werden. So mannigfach die Verhältnisse sind, aus denen sich eine Gefahr für das Kind ergeben kann, so verschieden voneinander können unter Umständen die hiergegen anzuwendenden Mittel sein. Dieselben sind vollkommen in das Ermessen des Richters gestellt. Die einzelnen Maßnahmen ohne Lücke aufzuzählen, ist deshalb nicht möglich. Man wird aber unter den Arten der erforderlichen Maßregeln zweierlei unterscheiden können, nämlich solche, die eine Beschränkung oder Entziehung der Sorge für die Person des Kindes nicht enthalten, und im Gegensatz hierzu Maßregeln, durch die der elterliche Gewalthaber in der Sorge für die Person des Kindes beschränkt wird. Zu den ersteren Maßnahmen gehören insbesondere Gebote und Verbote gegen den Gewalthaber sowie die Androhung weiterer Maßregeln. Manchmal genügt auch schon eine Mahnung oder Verwarnung an den Vater.

Strittig ist die Frage, ob Ordnungsstrafen zulässig sind.

---

[1]) Ber. d. Reichstagskommission S. 269ff.; Stenogr. Ber. S. 674ff.
[2]) Opet S. 203 Anm. 92.

Nach Reichsrecht wird allgemein angenommen, daß die Verhängung einer Ordnungsstrafe als erforderliche Maßregel des § 1666 BGB. dem elterlichen Gewalthaber gegenüber nicht zulässig ist im Gegensatz zu der Bestimmung des § 1837 BGB. gegenüber dem Vormund.[1])

Ob durch das Landesrecht auf Grund des § 200 FGG. eine Ordnungsstrafe als zulässig erachtet werden kann, ist strittig. Preußen,[2]) Sachsen,[3]) Hessen,[4]) Elsaß-Lothringen[5]) haben Bestimmungen bezüglich der Ordnungsstrafen erlassen, nicht so Bayern. In dem preußischen Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit heißt es, daß der Vater, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, zur Befolgung einer Anordnung, durch welche ihm die Verpflichtung zu einer ausschließlich von seinem Willen abhängenden Handlung, zur Unterlassung einer Handlung oder zur Duldung der Vornahme einer Handlung auferlegt wird, durch Ordnungsstrafen bis zum Höchstbetrage von 300 Mk. für die einzelne Strafe angehalten werden kann.[6])

Es erscheint meines Erachtens nicht zweifelhaft, daß, soweit sich nicht aus § 1670 Abs. 2 BGB. etwas anderes ergibt, die Verhängung von Ordnungsstrafen nach Landesrecht zulässig ist. Es ist behauptet worden, daß, da das Gesetz gegen den Vormund eine Ordnungsstrafe zuließe, für den elterlichen Gewalthaber aber nicht, hierdurch dokumentiert sei, daß im letzteren Falle die Anordnung von Ordnungsstrafen eben nicht zulässig sei. Dem ist aber nicht so.

Die Motive[7]) heben hervor, daß der 1. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches nur das materielle Vormundschaftsrecht regeln wollte, die Vorschriften aber, die das Verfahren, namentlich auch bei elternrechtlichen Angelegenheiten, zum Gegenstande haben, teils einem besonderen Reichsgesetze, teils der Landesgesetzgebung überlassen bleiben sollten. Wenn dann der Entwurf noch einzelne das Verfahren betreffende Bestimmungen aufgenommen hat, so ist dies nur wegen ihres Zusammenhanges mit materiellen Rechtssätzen und zum Zwecke der Durchführung derselben geschehen.

---

[1]) Blume, Elterl. Gewalt Vorbem. II, 8 S. 502; Schultheis S. 152; Planck, Elterl. Gewalt Vorbem. 7b S. 475; Urteil des OLG. Oldenburg vom 28. 9. 1901, OLG. Bd. 3 S. 372; Staudinger-Engelmann Vorbem. 10b S. 703; Endemann II § 198 Note 33; Cosack II § 305 VI.

[2]) FGG. Art. 115.

[3]) Verordn. v. 16. 11. 1899 §§ 45—47.

[4]) AG. z. FGG. Art. 29—36.

[5]) AG. z. FGG. Art. 9—12.

[6]) § 33 des Ges.

[7]) Bd. 4 S. 1008.

Es waren demnach lediglich Zweckmäßigkeitsgründe für die Aufnahme einzelner Verfahrensvorschriften in das Bürgerliche Gesetzbuch maßgebend. Keinesfalls war aber die Absicht, durch die Aufnahme einzelner Verfahrensvorschriften denselben den Charakter als einzig bestehende zuzuweisen und insbesondere nicht das Kodifikationsprinzip auf diese das Verfahren betreffenden Vorschriften zu erstrecken. Wenn daher das Bürgerliche Gesetzbuch eine Bestimmung über Ordnungsstrafen gegen den Vormund enthält, so darf hieraus noch nicht gefolgert werden, daß hierdurch die Zulässigkeit von Anordnungen von Ordnungsstrafen erschöpfend geregelt sein sollte.

Auf Grund des § 200 FGG. steht demnach der Landesgesetzgebung die Einführung der Ordnungsstrafe offen.[1])

§ 8.

b) Die Beschränkung und Entziehung der Sorge für die Person des Kindes.

Weitaus eingreifender in die elterlichen Rechte sind diejenigen Maßregeln, die eine Beschränkung oder Entziehung der Sorge für die Person des Kindes darstellen. Und gerade wenn derartige Maßregeln anzuordnen sind, wird der Vormundschaftsrichter vorsichtig abwägen müssen, ob die zu ergreifende Maßregel auch nicht außer Verhältnis zu dem Abhilfe heischenden Tatbestand steht. Es ist wiederholt darauf aufmerksam gemacht worden, daß das Vormundschaftsgericht nicht über die Maßregeln hinausgehen darf, welche zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind.[2])

Unter diese Maßregeln fällt zunächst die Möglichkeit, daß dem Vater die gesetzliche Vertretung in den die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten entzogen wird. Dies kann vorkommen, wenn der Vater sich weigert, wegen einer gegen das Kind gerichteten strafbaren Handlung den erforderlichen Strafantrag zu stellen, und dies sich als ein Mißbrauch seines Rechts der Sorge für die Person des Kindes oder als eine Vernachlässigung des Kindes darstellt, z. B. bei gegen das

[1]) vgl. die zu demselben Resultat gelangenden Entscheidungen: RG. Bd. 57 S. 134, JurW. 1904 S. 207; ferner Boschan im ZblFG. Bd. 2 S. 160; Schultheis im ZblFG. Bd. 2 S. 165; Nußbaum in Zeitschr. f. Zivilprozeß Bd. 29 S. 446; Planck, BGB. § 1666 Nr. 6; Staudinger-Engelmann Vorbem. 10b S. 703; Knitschky S. 221; Opet S. 208, 251; Neumann Vorbem. 5 zu § 1666 BGB.; and. A. insbes. Marcus im ZblFG. Bd. 1 S. 538.

[2]) Hans. OLG. v. 25. 1. 1904, Entsch. d. LG. Hamburg Jahrg. 1903 Nr. 187 S. 377.

Kind gerichteten strafbaren Handlungen, deren Feststellung zur Forderung einer Buße berechtigt.

Weiter sind hierzu jene Maßnahmen zu rechnen, durch die die tatsächliche Sorge des Gewalthabers für die Person des Kindes beschränkt wird. Diese sind angebracht, wenn das Kind in einer bestimmten Richtung gefährdet wird. Das Vormundschaftsgericht kann demnach Anordnungen hinsichtlich der religiösen Erziehung treffen,[1]) oder indem es hinsichtlich der Berufswahl des Kindes dem Vater Anweisungen erteilt oder ihm aufgibt, einen bestimmten Aufenthalt für das Kind zu wählen. Ein weiterer Fall ist, daß der Gewalthaber sich eine geistige Überbürdung des Kindes durch den gegen das Kind gerichteten Zwang zum Besuch fakultativer Unterrichtsstunden hat zuschulden kommen lassen; dann wird die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts sich darauf zu beschränken haben, diesen besonderen Fall zu regeln und den Gewalthaber durch Gebote und Verbote zu einer Änderung anzuhalten.[2])

Derartige Maßregeln sind durchaus nicht so unpraktisch, wie auf den ersten Blick erscheinen mag. Man muß im Auge behalten, daß eine Entziehung der gesamten Sorge für die Person des Kindes für den Vater doch immer eine schwere Strafe ist, und daß die Tragweite einer derartigen Anordnung dem Gewalthaber nicht immer vor Augen steht. Für den Richter ist es bequemer und einfacher, die Sorge insgesamt zu entziehen. Der Fall ist dann erledigt. Das Resultat sind dann aber die immer sich wiederholenden Anträge auf Aufhebung derartiger Beschlüsse, wobei man bedenken muß, daß das anzuwendende Verfahren durch die Einholung der Erkundigungen nicht ohne Mühen ist. Viel zweckmäßiger ist es, durch eine Beschränkung der Sorge in einzelnen Beziehungen dem Gewalthaber erst einmal einen Vorgeschmack von den Wirkungen derartiger Anordnungen zu geben und ihm, falls er nicht Besserung schafft, anzudrohen, daß man dann strenger gegen ihn vorgehen würde. Unterstützung kann der Richter in solchen Fällen bei den Verwandten des Kindes suchen, indem er sie zur Überwachung des Gewalthabers, ob auch die Anordnungen des Vormundschaftsgerichts befolgt werden, anhält. § 1847 BGB. schreibt vor, daß bei allen wichtigen Angelegenheiten die Verwandten gehört werden sollen. Mit derartigen Anhörungen der Verwandten wird sich eine Anweisung an dieselben, auf die Ver-

[1]) Beschl. d. KG. v. 8. 10. 1900, KGJ. Bd. 20 A S. 251.
[2]) Opet S. 207.

hältnisse ein Auge zu haben und nötigenfalls Anzeige zu machen, leicht verbinden lassen.[1])

Nützen derartige Beschränkungen nichts, so kann als weitere Maßregel dem Gewalthaber die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes in vollem Umfange entzogen werden. Es besteht hierbei die Möglichkeit, daß dem Vater die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes entzogen wird, während ihm die gesetzliche Vertretung bleibt. Infolge der praktischen Undurchführbarkeit einer solchen Maßregel findet sie fast nie Anwendung, vielmehr wird ihm dann immer die gesamte Sorge für die Person des Kindes einschließlich der Vertretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten zu entziehen sein.

Als praktisch wichtigste und deshalb vom Gesetz besonders hervorgehobene Maßregel erscheint die Entziehung der Sorge für die gesamte Erziehung des Kindes durch Unterbringung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt. Es liegt dann die Fürsorge- oder Zwangserziehung vor, auf die in späteren Kapiteln zurückgekommen wird.

B. Abs. 2 des § 1666 BGB.

§ 9.

Voraussetzungen und die zu ergreifenden Maßregeln.

Einen besonderen Fall der Gefährdung des Kindes regelt der Abs. 2 des § 1666 BGB. Hiernach kann nämlich dem Gewalthaber, wenn er das Recht des Kindes auf Gewährung von Unterhalt verletzt hat und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist, auch die Vermögensverwaltung und die Nutznießung entzogen werden.

Voraussetzung ist zunächst das Vorliegen einer Verletzung der Unterhaltspflicht. Die Unterhaltspflicht verletzt der Vater, wenn er dem Kinde nicht den ihm nach den §§ 1601 u. 1603 BGB. gebührenden Unterhalt gewährt. Es kommt hierbei nicht darauf an, daß der Vater die gesamten Ergebnisse des Kindesgutes für dasselbe aufwendet, vielmehr liegt eine Verletzung nur dann vor, wenn er nach Maßgabe seiner ganzen Vermögens- und Erwerbsverhältnisse dem Kinde nicht das gewährt, was es zu fordern berechtigt ist.

Außerdem ist erforderlich, daß eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts für die Zukunft zu besorgen ist. Ob diese

[1]) vgl. auch Knitschky S. 216.

Voraussetzung vorliegt, entscheidet das Ermessen des Richters. Sie liegt vor, wenn die Wahrscheinlichkeit begründet ist, daß das Kind in erheblichem Maße an den ihm zukommenden Mitteln Not leiden werde, und daß hiermit verständigerweise gerechnet werden muß. Die bloße Möglichkeit genügt nicht.[1]) Die Gefährdung des Unterhalts wird übrigens immer eine Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes darstellen.

Zurückzukommen wäre auch hier wiederum auf die Frage, ob die Verletzung der Unterhaltspflicht eine schuldhafte sein muß. An und für sich enthält der Begriff der Unterhaltsverletzung nach der Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuches die Voraussetzung des Verschuldens nicht. Dies unterliegt keinem Zweifel.[2]) Neumann nimmt deshalb an, daß, da nur eine objektive Verletzung und Gefährdung der Unterhaltspflicht gegenüber dem Kinde erforderlich ist, der Abs. 2 Anwendung finden kann, ohne daß ein Verschulden des Gewalthabers nachgewiesen ist. Planck dagegen macht darauf aufmerksam, daß die Verletzung der Unterhaltspflicht für sich allein niemals zur Rechtfertigung der Entziehung der Vermögensverwaltung und der Nutznießung genügt, da außer dem Hinzutreten der Besorgnis einer erheblichen Gefährdung des Unterhalts des Kindes für die Zukunft auch die im Abs. 1 bestimmten allgemeinen Voraussetzungen für das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts vorliegen müssen. Da von diesem als eine derartige Voraussetzung auch das Vorliegen eines Verschuldens angesehen werde, verlangt Planck auch, daß das Verhalten des Gewalthabers ein schuldhaftes sei. Derselben Ansicht ist auch Staudinger-Engelmann.

Wir brauchen der Frage nicht näher zu treten und können auf unsere Ausführungen über die Frage, ob § 1666 Abs. 1 BGB. ein Verschulden voraussetzt, in einem früheren Kapitel verweisen. Da wir dies dort verneint haben, kommen wir zu der Folgerung, daß auch der Abs. 2 ein Verschulden nicht voraussetzt.

Liegen die Voraussetzungen des Abs. 2 vor, so kann das Vormundschaftsgericht dem Vater die Vermögensverwaltung oder die Nutznießung oder beides zusammen entziehen. Außerdem steht es dem Vormundschaftsgericht offen, da, wie schon erwähnt, das Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 2 immer eine Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes darstellen wird, jede erforderliche Maßregel, wie sie

[1]) Opet-v. Blume Vorbem. III, 1a im Gegensatz zu Staudinger-Engelmann § 1418, 3b.

[2]) vgl. Neumann, BGB. Bd. 4 § 1666; Planck 2c und Opet-v. Blume.

auf Grund des Abs. 1 angeordnet werden kann, auch hier anzuordnen. Die Entziehung der Vermögensverwaltung und der Nutznießung kann auch unabhängig neben bereits in Ansehung der Sorge für die Person getroffenen Maßregeln angeordnet werden. Zu erwähnen ist, daß der Vater, wenn ihm die Vermögensverwaltung entzogen und die Nutznießung belassen ist, die Vermögensverwaltung nicht ausüben kann und sein Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen insofern beschränkt wird, als die Kosten für den Unterhalt des Kindes vorweggenommen werden können und er nur den Überschuß erhält (§ 1656 BGB.).

Das Vormundschaftsgericht wird auch hier nur diejenige Maßregel wählen, die zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist. Es sei wiederum darauf hingewiesen, daß der § 1666 BGB. nur eine Schutzbestimmung für das Kind enthält und keine Strafe gegen den Gewalthaber. Es wird deshalb in den meisten Fällen mit der Entziehung der Vermögensverwaltung den Umständen Rechnung getragen sein. Infolge der Bestimmung des § 1656 BGB. ist der Unterhalt des Kindes gesichert, da aus den Nutzungen seines Vermögens zuerst sein Bedarf zu decken ist und damit eine Gefährdung seines Unterhaltes wegfällt. Die Entziehung der Nutznießung neben der Vermögensverwaltung ist demnach nicht mehr erforderlich.

Auch wäre mit der Entziehung der Nutznießung allein der Bestimmung des § 1666 BGB. nicht Genüge getan. Überläßt man in einem solchen Fall dem Gewalthaber die Vermögensverwaltung, so wird hierin sicher niemals eine Sicherungsmaßregel für den Unterhalt des Kindes zu erblicken sein und die Entziehung der Nutznießung nur eine auf dem Papier gegen den Gewalthaber festgesetzte Strafe sein. Am zweckmäßigsten wird deshalb immer die Entziehung der Vermögensverwaltung anzuordnen sein.

Auch aus einem andern Grunde erscheint uns die Entziehung der Nutznießung als eine im Rahmen des § 1666 BGB. nicht angebrachte Maßregel. In der Entziehung der elterlichen Gewalt ist nicht auch die Entziehung der Nutznießung inbegriffen. Abgesehen von diesem im § 1666 BGB. normierten Fall, wo sich aus dem Charakter des Nutznießungsrechts entnehmen läßt, es sei auch zu dem Zwecke gegeben, um dem Kinde daraus den nötigen Unterhalt zu gewähren,[1]) hat das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs dasselbe als ein im Gegensatze zur elterlichen Gewalt stehendes eigennütziges Elternrecht konstruiert. Die Entziehung eines derartigen Rechts scheint uns aber unzulässig. Mit der Ent-

[1]) Prot. Bd. 4 S. 627.

ziehungsmöglichkeit dieses Rechtes wird seinem Charakter eine ihm nicht zukommende Eigenschaft gegeben.[1]) Auch aus diesem Gesichtspunkte wäre die Anordnung der Entziehung der Nutznießung zu vermeiden.

Eine weitere Frage wäre die, ob zu den erforderlichen Maßregeln des Abs. 1 auch die Entziehung der Vermögensverwaltung und der Nutznießung zu rechnen ist, oder ob diese Maßregeln nur unter den besonderen Voraussetzungen des Abs. 2 angeordnet werden dürfen.

Der 1. Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch hatte in dem § 1546 — den in Abs. 1 des § 1666 BGB. erwähnten Fällen — die Entziehung der gesamten elterlichen Gewalt allerdings ausschließlich der Nutznießung, aber einschließlich der Vermögensverwaltung vorgesehen. Die 2. Kommission hat dann hierzu bemerkt, daß eine derartige Anordnung nicht nötig sei, da die Zulässigkeit der Entziehung der elterlichen Gewalt sich schon daraus ergebe, daß das Vormundschaftsgericht befugt sei, alle „erforderlichen" Maßregeln zu treffen. Hieraus müßte man eigentlich schließen, daß auch schon in den Fällen, wo die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen, wenigstens doch die Entziehung der Vermögensverwaltung zulässig sein sollte. Wäre dem aber so, so wäre die ganze Bestimmung des Abs. 2 des § 1666 BGB. unverständlich, da sie überflüssig wäre. Es muß deshalb angenommen werden, daß eine Anordnung der in Abs. 2 vorgesehenen Maßregeln beim Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 1 nicht ohne weiteres zulässig ist. Die Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs sagt,[2]) daß zu einer Entziehung der Vermögensverwaltung und der elterlichen Nutznießung hier — in den Fällen des § 1643 Abs. 1 und 2, des jetzigen § 1666 BGB. Abs. 1 — regelmäßig kein Anlaß vorliege. Nur wenn der Vater das Recht des Kindes auf Gewährung des Unterhalts verletzt und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist, darf dem Vater, um dem Kinde die Mittel für seinen Unterhalt zu sichern, auch die Vermögensverwaltung und die Nutznießung entzogen werden.

Letztere Bemerkung der Denkschrift, die sich auf den Abs. 3 des § 1643 bezog, kann für uns auch bezüglich des Abs. 2 des § 1666 BGB. maßgebend bleiben.

---

[1]) vgl. Opet-v. Blume l.
[2]) S. 230.

C. Entziehung der elterlichen Gewalt.

§ 10.

Es ist viel darüber gestritten, ob eine Entziehung „der elterlichen Gewalt“ zulässig ist. Wenn dem Gewalthaber die Sorge für die Person des Kindes sowie die Vermögensverwaltung und die Nutznießung entzogen ist, so steht ihm tatsächlich die elterliche Gewalt nicht mehr zu.[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt allerdings eine Maßregel, die zusammenfassend alle einzelnen Bestandteile der elterlichen Gewalt als einfache Entziehung der elterlichen Gewalt anordnet, nicht. Wir sind der Ansicht, daß wenn das Gesetz eine derartige Maßregel als zulässig anerkannt hätte, es dies irgendwie zum Ausdruck gebracht hätte.[2])

Es mag eine gewisse Vorsicht beim Gesetzgeber gewaltet haben, daß er eben diesen Ausdruck, der so vieles umfaßt, nicht als eine mit unter den erforderlichen Maßregeln genannte Maßregel aufführen wollte. Bei dem scharfen Eingreifen einer derartigen Anordnung ist es auch angebracht, bei der Entziehung eines jeden einzelnen Bestandteiles wieder eine eingehende Prüfung der unterliegenden Tatsachen vorzunehmen. Es muß demnach bei einer Entziehung der einzelnen Bestandteile der elterlichen Gewalt sein Bewenden haben.

Bei den Beratungen über die in Frage kommenden Gesetzesstellen ist nicht immer streng an dem Ausdruck festgehalten worden. Im Bericht der Reichstagskommission S. 153 wird davon gesprochen, daß das Gesetz dem Vormundschaftsgericht nicht die Befugnis zur Entziehung der elterlichen Gewalt gebe, sondern nur zur Entziehung der einzelnen Bestandteile derselben, und daß es sich deshalb empfehle, den Ausdruck „Aufhebung der elterlichen Gewalt“ durch eine Aufzählung der einzelnen Bestandteile derselben zu ersetzen, was dann ja auch geschehen ist. Die Motive (S. 805) gebrauchen aber den Ausdruck dann doch wieder. Das Kammergericht hat in zwei Entscheidungen die Entziehung der elterlichen Gewalt für zulässig erklärt.[3]) Anderer Ansicht sind z. B. Opet,[4]) Neumann,[5]) Leske[6]) und an-

---

[1]) Vgl. Staudinger-Engelmann B 5.

[2]) vgl. hierzu den schweizer. Entw. eines BGB. Art. 310 Abs. 1.

[3]) I. Zivilsenat, Beschl. v. 22. 12. 1902, OLG. Bd. 6 S. 170 und I. Zivilsenat, Beschl. v. 22. 6. 1903, OLG. Bd. 7 S. 418; vgl. ebenso Knitschky S. 219; Engelmann in Seufferts Bl. Bd. 90 S. 7; Fränkel, Familienrecht S. 125.

[4]) S. 207 Anm. 96.

[5]) Vorbem. 1679 II.

[6]) S. 876, 3.

scheinend auch Endemann.[1]) Staudinger-Engelmann meinten, daß wenn man die Möglichkeit der Entziehung der elterlichen Gewalt um deswillen in Abrede stellen will, weil gemäß § 1671 BGB. dem Gewalthaber durch das Vormundschaftsgericht dieselbe jederzeit ganz oder teilweise wieder eingeräumt werden kann, und daß deshalb die Gewalt in ihrem Rechtsbestande fortbestehe, wie dies Endemann annimmt, so sei dies nicht richtig, da es sich hier um eine rein terminologische Frage ohne wesentliche praktische Bedeutung handelt. Da wir, wie oben erwähnt, aber der Ansicht sind, daß der Gesetzgeber allem Anschein nach absichtlich eine gewisse Vorsicht hat walten lassen wollen, können wir diese Frage doch nicht für so ganz belanglos halten und beharren deshalb auf unserem obigen Standpunkt.

D. Besondere Fragen.

§ 11.

Vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit den Schutzbestimmungen Minderjähriger, wie wir sie aus dem § 1666 BGB. herleiten können. Nicht ganz zu umgehen sind aber einige Fragen, deren Erörterung, wenn man eine ganz strenge Abgrenzung des Themas vernehmen wollte, nicht in den Rahmen der Arbeit hineinpassen würden. Sie betreffen einesteils das Verfahren, wie die Frage, ob die Bestellung eines Pflegers notwendig ist, andernteils greifen sie auf andere Gebiete des materiellen Rechts über, wie die Regelung der Rechtsverhältnisse getrennt lebender Ehegatten. Nichtsdestoweniger halten wir eine kurze Berührung derselben doch für notwendig, da sie in enger Beziehung zu dem § 1666 BGB. stehen und ihre Verneinung oder Bejahung für den Minderjährigen von derartiger Bedeutung sein kann, daß man wohl sagen kann, unmittelbar wirken sie auf die Stellung des Kindes auch in der Richtung ein, die Rechte des Kindes zu schützen.

So wird bei der Frage, ob ein von seinem Kind getrennt lebender Vater, dem die Sorge für die Person des Kindes entzogen ist, die Befugnis hat, mit seinem Kinde persönlich zu verkehren, auch der Gesichtspunkt nicht zu übersehen sein, daß eben je nachdem man dem Vater dieses Recht zuspricht oder nicht, hierin eine Schutzmaßregel für das Kind zu erblicken sein wird.

[1]) § 203 S. 617 u. 618.

In diesem Sinne ist die Entscheidung der im folgenden behandelten Fragen zu verstehen. Ihre Bejahung oder Verneinung ist von Bedeutung für das Wohl und Wehe des Kindes, und deshalb wird eine Behandlung derselben auch im Rahmen dieser Arbeit für berechtigt gehalten werden müssen.

1. Die Bestellung eines Pflegers während des Verfahrens aus § 1666 BGB. und nach Beendigung desselben.

§ 12.

Eine Reihe von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und insbesondere des Kammergerichts[1]) vertreten den Standpunkt, daß während des Verfahrens aus § 1666 BGB. ein Pfleger für das Kind zwecks Wahrnehmung seiner Interessen bestellt werden müsse. Begründet wird diese Ansicht damit, daß bei einem Verfahren, bei dem es sich um eine Beschränkung oder Entziehung des dem Gewalthaber zustehenden Fürsorgerechts handle, eine Angelegenheit in Frage stehe, an deren Besorgung der Gewalthaber verhindert sei; es müsse demnach in Gemäßheit des § 1909 BGB. ein Pfleger bestellt werden.

Diese Ansicht ist irrig. Es handelt sich im vorliegenden Falle nicht um die im § 1909 BGB. gemeinten Angelegenheiten. Bei diesen werden nur Verhältnisse berührt werden, bei denen sich Vater und Kind als Parteien gegenüberstehen und die Interessen des Kindes dem Vater gegenüber wahrgenommen werden müssen. Dies ist bei dem Verfahren aus § 1666 BGB. nicht der Fall. Hier ist das Kind Gegenstand amtlicher Fürsorge, und das Bürgerliche Gesetzbuch hat für das in diesem Falle zu beobachtende Verfahren im § 1673 BGB. besondere Bestimmungen festgesetzt. Das Vormundschaftsgericht wird von Amts wegen tätig; es braucht auf Parteianträge keine Rücksicht zu nehmen, kann vielmehr alle ihm erforderlich erscheinenden Beweiserhebungen selbständig anordnen.[2])

Aus dem Gesetz ergibt sich für die Notwendigkeit der Bestellung eines Pflegers nichts. Eine besondere diesbezügliche Vorschrift existiert nicht. Die Anordnung einer Pflegschaft hätte

---

[1]) OLG. Dresden v. 5. 7. 1901 und v. 21. 8. 1902, OLG. Bd. 4 S. 104, Bd. 6 S. 61; Bayr. OLG. v. 21. 1. 1905, ZblFG. Bd. 5 S. 757; KG. v. 12. 2. 1900, Recht 1900 S. 463, v. 9. 11. 1903, OLG. Bd. 8 S. 350, v. 7. 1. 1901, EntschFG. Bd. 2 S. 3 sowie auch Fischer-Henle Anm. 7 zu § 1666 BGB.; Dernburg Bd. 4 § 74 X Anm. 15 u. 16 S. 246 u. 247 und Kuhlenbeck, BGB. Bd. 2 zu § 1666 S. 625; Bendix Bd. 2 § 91 S. 808.

[2]) vgl. §§ 12, 15, 57, 63 FGG.

auch gar keinen Zweck, da das Vormundschaftsgericht auch nicht an die Anträge eines Pflegers gebunden wäre. Hiermit ist nun nicht gesagt, daß das Vormundschaftsgericht nicht doch aus anderen Gründen die Einrichtung einer Pflegschaft während des Verfahrens aus § 1666 BGB. für erforderlich halten kann. Dies wäre jedoch nur im Rahmen der von dem § 1666 BGB. zugelassenen „erforderlichen Maßregeln" zulässig. Wird als eine solche erforderliche Maßregel die Bestellung eines Pflegers nötig, so kann derselbe bestellt werden, um die Interessen des Kindes im Verfahren zu vertreten. Notwendig ist die Bestellung eines Pflegers aber nicht, und ihr Unterbleiben stellt keine Gesetzesverletzung dar, die etwa gemäß § 27 FGG. zur Begründung einer weiteren Beschwerde dienen könnte.[1])

Ob bei Anordnung der landesgesetzlichen Zwangserziehung die Bestellung eines Pflegers notwendig wird, richtet sich, wie überhaupt das ganze Verfahren, nach Landesrecht.[2])

Vorangegangene Erörterungen beziehen sich auf das Verfahren bei der Anordnung einer Maßregel aus § 1666 BGB. Ist dem Gewalthaber einmal die Sorge für die Person entzogen, so wird die Bestellung eines Pflegers oder Vormundes notwendig. Allerdings steht auch der Mutter neben dem Vater gemäß § 1634 BGB. das Recht und die Pflicht zu, für die Person des Kindes zu sorgen. Dieses Recht kann sie aber während bestehender Ehe nur mit dem Ehemann gemeinschaftlich ausüben. Wenn es diesem entzogen wird, wird auch sie davon betroffen, außer in einigen besonderen Fällen, die vom Gesetz festgelegt sind, so im Falle des § 1685 BGB. Eine Verhinderung des Vaters an der Ausübung der elterlichen Gewalt liegt hier aber nicht vor infolge tatsächlicher Gründe, sondern rechtliche Gründe sind die Ursache. § 1685 BGB. ist demnach nicht anwendbar, und die Mutter tritt nicht an die Stelle des Vaters. Eine gegenteilige Bestimmung würde bei der Abhängigkeit der Mutter von dem Vater und dem Einflusse des letzteren auf sie auch nicht den erwünschten Erfolg der getroffenen Maßregel herbeiführen, da der Vater der Mutter hindernd in den Weg treten würde und auch die Stellung der Mutter dem Vater gegenüber in Ansehung der Kinder eine unnatürliche sein würde. Ist dem Vater demnach die Sorge für die Person entzogen, so ist ein

---

[1]) Ebenso Staudinger-Engelmann VIc, 2; Planck 7; Opet-v. Blume VI; Endemann Bd. 2 S. 567; Neumann II; RG. Beschl. v. 9. 2. 1909, RG. Bd. 60 S. 134 ff.; hinsichtlich vorläufiger Anordnungen in dringenden Fällen KG. Beschl. v. 7. 1. 1901, EntschFG. Bd. 2 S. 3.

[2]) Bezüglich des preuß. Fürsorgegesetzes vgl. W. Voigt im Recht 1902 S. 261.

Pfleger zu bestellen, der an seine Stelle tritt; sind dem Vater die gesamten Bestandteile der elterlichen Gewalt entzogen, so tritt an seine Stelle ein Vormund. Je nach dem Umfang der angeordneten Maßregel bleiben aber in anderen Fällen die Rechte und Pflichten des Vaters bestehen. Ist z. B. nur die Unterbringung des Kindes in einer anderen Familie angeordnet, so behält der Vater das Recht und die Pflicht zur Vertretung des Kindes und der Sorge für die Person, abgesehen von dem Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen. Eine Überwachung der Erziehung des Kindes steht ihm auch in diesem Falle zu.

Als Vormund und Pfleger kann auch die Mutter bestellt werden, sofern sie sich zu diesem Amte eignet. Aus den oben berührten Gründen wird dies regelmäßig nicht der Fall sein. Jedoch wird für den Fall, daß die Eltern getrennt leben, ein Vorgehen in dieser Richtung oftmals angebracht erscheinen.[1])

Die Bestellung eines Pflegers oder Vormundes ist nicht nötig, wenn die Ehe der Eltern aufgelöst ist und dem Vater die ihm zustehende Sorge für die Person des Kindes entzogen ist. In diesen Fällen übt die Mutter die elterliche Gewalt allein aus (§ 1684 BGB.). Sie tritt also auch an die Stelle des Vaters und übt die elterliche Gewalt für diesen aus in dem Umfange, wie sie dem Vater entzogen ist.[2]) Wird hiernach z. B. dem nach BGB. § 1635 Abs. 1 Satz 1 die Sorge für die Person des Kindes besitzenden Ehegatten dieselbe aus § 1666 BGB. entzogen, so geht sie ohne weiteres auf den anderen Elternteil über. Zu beachten wird aber in diesem Falle sein, daß dann der schuldige Elternteil die Aufsicht über das Kind erlangt. Es muß dem Vormundschaftsgericht in solchen Fällen überlassen bleiben, ob dies zu des Kindes Vorteil ausschlagen wird und nicht doch auf Grund des § 1666 BGB. auch ein Einschreiten gegen den schuldigen Teil angebracht erscheint und dem Kinde ein Vormund oder Pfleger bestellt wird.[3])

2. Das Recht des Gewalthabers auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde.

§ 13.

Die Frage, ob der Gewalthaber, dem die Sorge für die Person des Kindes entzogen ist, die Befugnis behält, mit dem

[1]) KG. Beschl. v. 21. 10. 1902, OLG. Bd. 6 S. 58 ff.; KG. Beschl. v. 7. 1. 1909, KGJ. Bd. 37 A S. 13.

[2]) vgl. Staudinger-Engelmann § 1635 BGB. Bem. 4 Abs. 3.

[3]) KG. v. 4. 5. 1905, RJA. Bd. 6 S. 23; Schmidt im Recht Bd. 10 S. 994; and. A. Knitschky S. 247.

Kinde persönlich zu verkehren, ist verschieden beantwortet worden.

Das Kammergericht[1]) hat einmal entschieden, daß dem Vater ein solches Recht nicht zustehe. Es hat seine Entscheidung damit begründet, daß es ausführt, das Recht, mit dem Kinde zu verkehren, sei allerdings kein Ausfluß des Rechts der Sorge für die Person, aber es würde dem Zwecke des § 1666 BGB. zuwiderlaufen, wenn man dem Vater das Recht des Verkehrs mit dem Kinde zugestehen und seinen schädigenden Einfluß auf das Kind belassen würde. Ob dem Vater erlaubt werden könnte, das Kind einmal zu sehen, müsse lediglich dem Ermessen des bestellten Pflegers oder Vormundes überlassen bleiben.

Ähnlich äußert sich auch Planck,[2]) indem er noch hinzufügt, daß bei Erörterung dieser Frage nur das Interesse des Kindes maßgebend sein müsse, ein Recht des Vaters hiergegen nicht geltend gemacht werden könne.

Einen anderen Standpunkt vertreten Opet-v. Blume in ihrem Kommentar.[3]) Hier heißt es, das Recht, mit dem Kinde zu verkehren, stelle nicht ein Recht zum Wohle des Kindes dar, sondern habe das Wohl der Eltern zum Rechtsgrunde. Es sei ein uneigennütziges Elternrecht, unabhängig von der elterlichen Gewalt. Es verbleibe auch dem Elternteile, dem die Ausübung der elterlichen Gewalt entzogen sei.[4])

Der Standpunkt des Kammergerichts und Plancks scheint mir nicht richtig. Planck sagt, das hier in Frage stehende Recht sei kein durch die Verwandtschaft bedingtes Recht, und das Kammergericht sagt, es sei auch kein Recht, das ein Ausfluß der elterlichen Gewalt sei. Meiner Ansicht nach muß das Recht aber einer von beiden Kategorien unterzuordnen sein. Entweder es fällt in den Rahmen der elterlichen Gewalt und ist mit im Recht der Sorge für die Person des Kindes inbegriffen. Dann würde mit der Entziehung der Sorge für die Person auf Grund des § 1666 BGB. der Vater auch keinen Anspruch auf einen Verkehr mit dem Kinde haben. Oder aber wir nehmen an, es ist ein eigennütziges Elternrecht, das mit der elterlichen Gewalt nichts zu tun hat. Dann hat kein Ermessen des Pflegers mehr zu entscheiden, vielmehr muß dem Gewalthaber der Verkehr mit dem Kinde gestattet werden.

Wir nehmen letzteres an. Das Recht, das Kind zu sehen, ergibt sich aus dem verwandtschaftlichen Verhältnis zwischen

---

[1]) vgl. RJA. Bd. 4 S. 138.
[2]) Anm. 4 zu § 1666 BGB.
[3]) § 1636 BGB. Bem. 1 Abs. 2.
[4]) Opet, Verwandtschaftsrecht S. 208 Anm. 97.

Vater und Kind. Es ist kein Ausfluß des Rechts der Sorge für die Person, wie sich auch daraus ergibt, daß dem geschiedenen Ehegatten, dem die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, doch das Recht zusteht, mit dem Kinde zu verkehren, und das eben deshalb, weil es sich hier um ein uneigennütziges Elternrecht handelt.

Es soll nicht verkannt werden, daß ein Gewalthaber, dem die Sorge für die Person des Kindes auf Grund des § 1666 BGB. entzogen ist, infolge seines die Anordnung der betreffenden Maßregel aus § 1666 BGB. begründenden Verhaltens in den meisten Fällen nicht geeignet sein wird, bei einem Verkehr mit seinem Kinde diesem Nutzen zu bringen, so sicher dann, wenn das Verfahren gegen ihn wegen eines Verschuldens eingeleitet ist. Wir erinnern aber daran, daß dies nach unseren obigen Ausführungen nicht immer der Fall zu sein braucht, und in diesen Fällen wäre es unbillig, dem Verlangen des Vaters, sein Kind zu sehen, nicht stattgeben zu wollen oder ihn von der Entscheidung eines Vormundes oder Pflegers abhängig machen zu wollen. Wenn auch in den meisten Fällen weniger die Sehnsucht des Vaters nach dem Kinde als etwa das Verlangen, die Personen, etwa die Mutter oder die Pflegeeltern, bei denen sich das Kind aufhält, zu schikanieren, den Wunsch nach einem Verkehr begründet, wird man dem doch willfahren müssen. Die Besorgnis, daß der Verkehr einen schädigenden Einfluß auf das Kind hervorrufen würde, kann durch die Art und den Umfang des Verkehrs beseitigt werden. Ein zeitweiliges Zusammensein von ein paar Stunden unter der Aufsicht dritter unbeteiligter Personen wird schädigende Wirkungen kaum hervorrufen.

Wir wollen noch darauf hinweisen, daß bei der obenerwähnten Kammergerichtsentscheidung vielleicht noch andere Gesichtspunkte im Spiele gewesen sind.

Die Kinder, um die es sich in dem dortigen Falle handelt, waren bei einem Pfarrer untergebracht, der sich weigerte, die Kinder bei sich zu behalten, wenn dem Vater ein Verkehr mit ihnen gestattet würde. Für diesen Fall wären die Kinder dann der öffentlichen Armenpflege anheimgefallen. Es scheint so, als wenn hier finanzielle Rücksichten mitgewirkt haben und man diese Mehrbelastung der öffentlichen Anstalt gern vermeiden wollte und der Anführung dieser Gesichtspunkte als hauptsächlichste Rechtfertigung der getroffenen Entscheidung benötigte. Sollte dies aber tatsächlich der Fall sein, so wäre eine derartige Behandlung der Frage nicht streng genug zurückzuweisen.

Voraussetzung der vorangegangenen Ausführungen war, daß der Vater, dem die Sorge für das Kind entzogen ist, von diesem

getrennt lebt. Es ist allerdings der Fall denkbar, daß das Kind, trotzdem dem Vater die Sorge für dasselbe entzogen ist, vom Pfleger doch bei ihm belassen wird, da derselbe vielleicht mit der Möglichkeit rechnet, daß in dem Verhalten des Gewalthabers gegen das Kind dadurch eine Änderung hervorgerufen wird, daß er sich die jederzeitige Wegnahme des Kindes vor Augen halten muß. In diesen Fällen wird die Frage nach dem Recht auf persönlichen Verkehr nicht akut werden. Dies tritt erst ein, wenn das Kind einen anderen Aufenthalt hat als den des Vaters.

Kontrovers ist ferner die Frage, welches Gericht hier einzugreifen hat, ob hier Prozeßgericht oder Vormundschaftsgericht zuständig ist.

Die Sachlage wird hier meist so sein, daß das Kind sich bei der Mutter aufhält und die Eheleute getrennt leben. Für diesen Fall hat das Reichsgericht in einer Entscheidung des IV. Zivilsenats v. 18. 6. 1908 die analoge Anwendung des § 1636 Abs. 2 BGB. für berechtigt und zulässig erklärt. Dieselben dort angeführten Gründe bleiben auch maßgebend für den Fall, daß dem Gewalthaber die Sorge für die Person des Kindes entzogen ist.

Das Reichsgericht hat bei Behandlung dieser Frage erwogen, daß allerdings nicht zu verkennen sei, daß der § 1636 BGB. zunächst nur den Fall im Auge hat, daß die Ehe der Eltern geschieden ist. Es sei aber in diesen Bestimmungen zugleich der Ausdruck eines gesetzgeberischen Gedankens zu erblicken, daß nämlich diese Bestimmung auch Anwendung zu finden habe, wenn die häusliche Gemeinschaft auf nicht absehbare Zeit aufgehoben ist. Das Reichsgericht bestätigt die Erwägungen des Berufungsrichters, daß der Prozeßrichter bei der Schwerfälligkeit des Prozeßverfahrens und mit Rücksicht auf die den Prozeß beherrschende Verhandlungsmaxime der Aufgabe nicht gewachsen sei, die häufig sich bis auf die kleinsten Einzelheiten erstreckenden Bestimmungen über die Art des Verkehrs zweckmäßig zu treffen, daß insbesondere der Grundsatz der Rechtskraft der Urteile es geradezu unmöglich mache, dem bei derartigen Streitigkeiten oft vorschreitenden Wechsel der Verhältnisse gerecht zu werden. Umgekehrt gewähre das Beschlußverfahren des Vormundschaftsgerichts hierfür freiesten Spielraum und biete vermöge des Offizialprinzips volle Gewähr dafür, daß die bei der Regelung des Verkehrs der Eltern mit dem Kinde obenanstehende Rücksicht auf das Wohl der Kinder[1]) zur Geltung gelange. Hinzu komme, daß im Laufe der Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs bei einer ganzen Reihe familien-

[1]) RG. Bd. 63 S. 238.

rechtlicher Vorschriften das Bestreben Anerkennung gefunden habe, die Zuständigkeit des Prozeßrichters auch da, wo der 1. Entwurf hieran noch festgehalten habe, durch die des Vormundschaftsgerichts zu ersetzen, so insbesondere bei den §§ 1308, 1357, 1358, 1379, 1402, 1447, 1451, 1612 BGB., verglichen mit den Bestimmungen des 1. Entwurfes.

Ausdrücklich wird dann hier die Frage bejaht, daß auch gegenüber dem § 1666 BGB. ein Bedürfnis für ausdehnende Auslegung des § 1636 Abs. 2 gegeben sei.

Weiter erwähnt das Reichsgericht, daß das Bürgerliche Gesetzbuch keine Vorschrift enthalte, nach der für diesen Fall der Gewalthaber an das Prozeßgericht verwiesen wäre. Wohl aber ergeben die hier in Frage kommenden Bestimmungen des Gesetzes, daß sowohl die Ausübung der elterlichen Gewalt als auch gewisse persönliche und privatrechtliche Beziehungen der Ehegatten in wichtigen Dingen der Kognition des Vormundschaftsgerichts unterstellt sind. Es entspricht deshalb dem Geiste des Gesetzes, daß der Stellung der streitigen Vorschrift im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs entscheidende Bedeutung nicht zuzumessen sei, vielmehr als Wille des Gesetzgebers erkennbar werde, daß ein zwischen den Eltern bestehender Streit über die nähere Regelung des persönlichen Verkers mit dem Kinde auch dann vor dem Vormundschaftsgericht auszutragen sei, wenn die Ehe der Parteien nicht geschieden ist. Ist dem so, dann muß auch, wie für den Fall vorausgegangener Ehescheidung bereits vom Reichsgericht[1]) anerkannt ist, die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts auch als ausschließliche aufgefaßt werden.

Wir schließen uns diesen Ausführungen des Reichsgerichts an. In der Praxis wird durchweg in diesem Sinne entschieden und die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts in den hier fraglichen Streitfragen angenommen.

3. Das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts aus § 1666 BGB. während eines zwischen den Ehegatten schwebenden Ehescheidungs- oder Herausgabeprozesses sowie die Entscheidung auf Grund des § 1666 BGB. im Gegensatz zu der einstweiligen Verfügung des § 627 ZPO.

§ 14.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß das Vormundschaftsgericht auch während eines zwischen den Eltern anhängigen

[1]) Bd. 63 S. 238.

Scheidungs- oder Herausgabeprozesses befugt ist, auf Grund des § 1666 BGB. gegen den einen oder den andern Elternteil einzuschreiten.[1])

Über den Anspruch auf Herausgabe des Kindes hat zufolge der privatrechtlichen Natur des Anspruches das Prozeßgericht zu entscheiden. Es kann nicht streitig sein, daß gerade hier, wenn sich das Herausgabeverlangen des Vaters als eine nicht im Interesse des Kindes liegende Maßnahme herausstellt, das Vormundschaftsgericht nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet sein muß, in diesem Falle einzuschreiten.[2])

Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts kann dann unter Umständen von großem Einfluß auf den Ausgang des Prozesses sein, durch den der Vater das Kind von der Mutter herausverlangt. Ist dem Vater auf Grund des während des Herausgabeprozesses anhängigen Verfahrens aus § 1666 BGB. das Recht der Sorge für die Person vom Vormundschaftsgericht entzogen, so ist ihm jederzeit der Klageboden genommen und seine Klage auf Herausgabe ist abzuweisen ohne Prüfung, ob die Anordnung des Vormundschaftsgerichts berechtigt war oder nicht.[3])

Das Oberlandesgericht Braunschweig hat in einem Beschluß v. 1. 4. 1901[4]) sogar angenommen, daß der Herausgabeanspruch des Vaters gegen die Mutter aus § 1632 BGB. mit einer Anordnung des Vormundschaftsgerichts, durch welche die Erziehung des Kindes der Mutter übertragen wird, gleichviel ob diese Anordnung zutreffend und im gehörigen Verfahren ergangen ist, fortfalle und erst durch Aufhebung des vormundschaftsgerichtlichen Beschlusses in der Beschwerde wiederhergestellt werde; ob dies sich tatsächlich so verhält oder nicht, vielmehr der Anspruch auf Herausgabe bestehen bleibt, der Vater aber dieses Recht nur infolge der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nicht geltend machen kann, ist gleichgültig. Feststeht jedenfalls, daß das Prozeßgericht in allen den Fällen, wo eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts vorliegt, sich an diese zu halten hat. Hat das Vormundschaftsgericht festgestellt, daß in dem Verlangen auf Herausgabe ein

[1]) OLG. Dresden Beschl. v. 1. 2. 1901, Hachenburg S. 72; Endemann § 199 N. 17; Schröder-Mugdan S. 190; Dernburg, Familienrecht § 74 IV, V; OLG. Hamburg v. 6. 5. 1904, OLG. Bd. 8 S. 430; OLG. Dresden v. 27. 2. 1906, Recht 1906 Nr. 1198; Planck Nr. 5; Erler S. 156; Neumann S. 2c.

[2]) KG. Beschl. v. 9. 11. 1903, OLG. Bd. 8 S. 350.

[3]) Hedemann im Recht 1907 S. 97; Recht 1903 Beil. Nr. 190 S. 82 u. 83; RG. v. 7. 5. 1903; Staudinger-Engelmann § 1632, 2b.

[4]) ZblFG. Bd. 2 S. 28.

Mißbrauch des Rechts der Sorge für die Person des Kindes liegt und demnach keine „widerrechtliche“ Vorenthaltung in Frage steht, so muß der Prozeßrichter sich dem anschließen. Selbst wenn im Laufe des Prozesses ein derartiger Mißbrauch und damit das Fehlen der Widerrechtlichkeit behauptet wird, kann das Prozeßgericht hierüber nicht entscheiden, bis der Mißbrauch vom Vormundschaftsgericht als vorliegend erachtet ist.[1])

Das Praktischste, wenn ein derartiger Fall eintritt, ist, daß das Prozeßgericht bis zur Erledigung des Verfahrens vor dem Vormundschaftsgericht das Verfahren aussetzt. Daß eine derartige Anordnung zulässig ist, hat das Reichsgericht bereits entschieden.[2])

Eng verbunden mit einem derartigen schwebenden Ehescheidungsprozesse oder Herausgabeprozesse wird der Fall sein, daß das Prozeßgericht eine einstweilige Verfügung auf Grund des § 627 ZPO. erläßt, auf Grund der bestimmt wird, wem von den streitenden Parteien während der Dauer des Prozesses die Sorge für die Person des Kindes zustehen soll, bei welchem Elternteil das Kind sich aufhalten soll. Doch auch diese Verfügung entfällt und wird unwirksam, wenn das Vormundschaftsgericht sich veranlaßt fühlt, abweichende Anordnungen zu treffen. In den meisten Fällen werden sich sowohl die Anordnungen des Prozeßgerichts wie die des Vormundschaftsgerichts decken und Komplikationen ausgeschlossen sein, da bei beiden Gerichten das Interesse des Kindes den maßgebenden Gesichtspunkt bilden wird. Gleichberechtigt stehen sich jedoch die Anordnungen beider Gerichte, wie dies angenommen ist,[3]) nicht gegenüber. Es erhellt dieses daraus, wenn man sich die verschiedenen Gesichtspunkte, aus denen die Bestimmungen des § 627 ZPO. und § 1666 BGB. entstanden sind, vorhält.

Das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, ist Ausfluß der elterlichen Gewalt. Unter bestimmten Voraussetzungen (§ 1666 BGB.) ist das Vormundschaftsgericht befugt, gegen den elterlichen Gewalthaber einzuschreiten, die erforderlichen Maßregeln zu treffen und einen besonders geregelten Zustand zu schaffen. Hiernach ist das Verfahren besonders geordnet; insbesondere wird das Vormundschaftsgericht aus sich selbst heraus tätig und ist an keine Anträge gebunden. Maßgebend ist in diesem Falle das Schutzbedürfnis

---

[1]) OLG. Jena v. 3. 12. 1904, Recht 1905 S. 18 Nr. 53, 1903 S. 105 Nr. 496, 1904 S. 336 Nr. 15—17.

[2]) Urteil v. 22. 1. 1906, Bayr. Zeitschr. f. R. 1906 S. 163.

[3]) vgl. Davidsohn S. 164.

des Kindes. Ganz anders liegt die Sache aber auf Grund einer Anordnung des § 627 ZPO. Im Laufe eines Scheidungsprozesses pflegen sich die Eltern zu trennen. Liegt ein Prozeß auf Herausgabe des Kindes gegen einen Elternteil vor, so sind die Eltern bereits getrennt. § 627 ZPO. will nun nichts weiter, als einen derartigen Streit darüber, bei wem das Kind sich *während* der Dauer des Prozesses aufhalten soll, *vorläufig* regeln. Die Folge dieses ganz anderen Charakters des § 627 ZPO. ist auch eine ganz andere Regelung des Verfahrens. Wenn kein Antrag der Parteien vorliegt, wird der Richter überhaupt nicht tätig. Auf Antrag einer Partei kann der Richter bestimmen, bei welcher der streitenden Partei das Kind bleiben soll, während auf Grund des § 1666 BGB. allen beiden Eltern die Sorge für die Person des Kindes entzogen und der Aufenthalt des Kindes bei dritten Personen angeordnet werden kann.[1]) Nach diesen kurzen Andeutungen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß wenn das Prozeßgericht eine einstweilige Verfügung aus § 627 ZPO. angeordnet hat, diese einem Vorgehen des Vormundschaftsgerichts aus § 1666 BGB. nie im Wege stehen kann. Die Motive[2]) haben dies ausdrücklich hervorgehoben. Gemäß § 627 Abs. 3 hat das Prozeßgericht das Vormundschaftsgericht von dem Erlaß einer derartigen Verfügung zu benachrichtigen, und der Zweck dieser Bestimmung kann kein anderer sein, als gerade dem Vormundschaftsgericht von den Verhältnissen Kenntnis zu geben und es auf sie aufmerksam zu machen. Trifft dann das Vormundschaftsgericht eine Anordnung, so ist diese für den bestehenden Zustand endgültig. Ist ein derartiger Zustand angeordnet, so kann er auch später nicht durch eine andere einstweilige Verfügung abgeändert werden. Der Standpunkt von *Gaupp-Stein* ist nicht zu billigen.[3]) Durch die Anordnung des Vormundschaftsgerichts wird ein geregelter Zustand geschaffen, und zwar von einer zuständigen Behörde. Das Prozeßgericht ist nicht befugt, Anordnungen des Vormundschaftsgerichts wieder zu beseitigen, aufzuheben oder abzuändern.[4])

---

[1]) Beschl. d. RG. v. 3. 5. 1906, RG. Bd. 5 S. 63, 279; KG. v. 20. 4. 1903, EntschFG. Bd. 3 S. 223.

[2]) Bd. 4 S. 638.

[3]) § 627 II c.

[4]) OLG. Hamburg v. 25. 6. 1900, OLG. Bd. 1 S. 327.

Zweiter Abschnitt.

Die Zwangserziehung des § 1666 BGB. und des Art. 135 EG. z. BGB.

A. Die Zwangserziehung des § 1666 BGB.

§ 15.

Der § 1666 BGB. führt im Abs. 1 Satz 2 als besondere zur Abwendung der Gefahr erforderliche Maßregel an, daß das Vormundschaftsgericht anordnen kann, daß das Kind zum Zwecke der Erziehung in einer fremden Familie oder in einer Erziehungsanstalt oder in einer Besserungsanstalt untergebracht wird. Es ist hier die Zulässigkeit der so überaus wichtigen, im Mittelpunkt der sozialen Jugendfürsorgegesetzgebung stehenden Zwangs- oder Fürsorgeerziehung festgesetzt. Es ist dies die weiteste Beschränkung der tatsächlichen Sorge für die Person des Kindes, die dem elterlichen Gewalthaber gegenüber zulässig ist. Das Vormundschaftsgericht kann demnach das Kind aus der elterlichen Familie gänzlich herausreißen und den Eltern das gesamte Erziehungsrecht nehmen und damit jeglichen Einfluß auf die ganze Erziehung und Entwicklung des Kindes entziehen. Diese Zwangserziehung im technischen Sinne ist eine im Widerspruch mit dem Willen des Erziehungsberechtigten erfolgende Erziehung des Kindes, im Gegensatz zum Eingreifen des Vormundschaftsgerichts auf Antrag des Erziehungsberechtigten nach § 1631 BGB. Sie gilt als erforderliche Maßregel im Sinne des BGB. § 1666 Abs. 1 Satz 1. Sie ist nur zulässig unter den allgemeinen Voraussetzungen, daß das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet wird, daß der Gewalthaber das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels schuldig macht. Weitere Voraussetzungen sind nicht erforderlich. Ist die Anordnung der Zwangserziehung zur Abwendung der Gefahr erforderlich und liegen die genannten Voraussetzungen vor, so ist ihre Anordnung auf Grund des § 1666 BGB. auch gerechtfertigt.

Außer im Falle des § 1666 BGB. (§ 1686 BGB.) ist die Anordnung der Zwangserziehung auf Grund reichsrechtlicher Vorschriften auch zulässig in den Fällen des § 1838 BGB. und der §§ 55, 56 StGB.; in den letzten Fällen ist sie nur möglich, wenn die Vernachlässigung des Kindes aus einer strafbaren

Handlung oder aus einer Handlung, die nur mit Rücksicht auf die Strafunmündigkeit des Kindes straflos ist, zu entnehmen ist.

Hat das Vormundschaftsgericht eine Unterbringung des Kindes außerhalb des Elternhauses angeordnet, so muß auch vom Gericht genau bestimmt werden, wo das Kind seinen Aufenthalt erhalten soll. Das Vormundschaftsgericht muß nicht allein die Frage entscheiden, ob das Kind in einer geeigneten Familie oder Erziehungs- oder Besserungsanstalt untergebracht werden soll, sondern auch, welche Familie und welche Anstalt zur Aufnahme bestimmt ist.[1]) Wenn die Eltern voneinander getrennt leben, so besteht auch die Möglichkeit, daß das Kind bei demjenigen Elternteile untergebracht wird, dem nicht die Sorge für die Person zusteht, so z. B. bei dem nicht fürsorgeberechtigten Gatten im Falle der Ehescheidung.[2])

Die Zwangserziehung kann jederzeit durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts wieder aufgehoben werden, wenn das Vormundschaftsgericht eine Abänderung der getroffenen Anordnung für geboten erachtet (§ 1671 BGB.).

Die praktische Durchführung der auf Grund des § 1666 BGB. angeordneten Zwangserziehung setzt voraus, daß die nötigen Mittel vorhanden sind, also daß das Kind oder die Eltern Vermögen besitzen oder imstande sind, die Kosten einer Unterbringung und Erziehung außer dem Hause zu tragen. Unter Umständen kann sich also der Beschluß des Vormundschaftsgerichts als undurchführbar darstellen, nämlich wenn keine genügenden Mittel vorhanden sind und es auch an landesgesetzlichen Einrichtungen fehlt, die eine Zwangserziehung auf öffentliche Kosten kennen. Ein Zwang zur Hergabe von Mitteln besteht für die Bundesstaaten zu diesem Zwecke nicht.

B. Die Zwangserziehung auf Grund des Art. 135 EG. z. BGB.

§ 16.

Wie schon im vorigen Kapitel angedeutet, kann ein Beschluß des Vormundschaftsgerichts, der auf Grund des § 1666 BGB. die Zwangserziehung anordnet, sich dann als undurchführbar erweisen, wenn auf seiten von Kind und Eltern nicht die Mittel vorhanden sind, um die Kosten für die Erziehung und Unter-

[1]) Prot. Bd. 4 S. 630 ff.
[2]) OLG. Bd. 6 S. 58; ZblFG. Bd. 6 S. 212.

bringung des Kindes außer dem Hause zu decken. In den meisten Fällen würde nun die Durchführbarkeit der Zwangserziehung aus diesem Grunde unmöglich sein, da es sich hierbei immer um unbemittelte Familien handelt. Die Vernachlässigung des Kindes und infolgedessen die Anordnung der Zwangserziehung durch das Vormundschaftsgericht hat in den meisten Fällen in der Armut der Eltern und in der Unmöglichkeit, für eine genügende Erziehung und Beaufsichtigung des Kindes die nötigen Geldmittel herbeizuschaffen, ihren Grund.

Es bestand demnach für den Staat die moralische Pflicht, in diesen Fällen die Durchführung der Zwangserziehung selbst zu übernehmen und in Fällen der Mittellosigkeit die Kosten zu tragen. Mit der Durchführung der Zwangserziehung auf öffentliche Kosten bekam notwendigerweise die Zwangserziehung einen gänzlich veränderten Charakter. Die Zwangserziehung wurde eine Einrichtung öffentlichrechtlicher Natur. Die Folge hiervon war, daß wenn von den einzelnen Bundesstaaten die Pflicht zur Tragung der Kosten übernommen wurde, ihnen auch die Art der Durchführung der Zwangserziehung überlassen werden mußte. Dies führte zu der Bestimmung des Art. 135 EG. z. BGB.

Der Art. 135 EG. z. BGB. bestimmt, daß die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangserziehung Minderjähriger unberührt bleiben sollen, bezw. daß diese Gesetzgebung dem Landesrecht überlassen bleibt. Freilich schreibt der Artikel die Grenzen vor, innerhalb welcher die Landesgesetzgebung Bestimmungen treffen kann. Es kann demnach die Zwangserziehung angeordnet werden unter den Voraussetzungen, die das Reichsgesetz aufgestellt hat, nämlich in den Fällen der §§ 55, 56 StGB. und der §§ 1666 u. 1838 BGB., und zwar muß, abgesehen von den Fällen des Strafgesetzbuches, die Anordnung durch das Vormundschaftsgericht erfolgen.

Einen besonderen Vorbehalt macht der Art. 135 für die Landesgesetzgebung. Es kann nämlich auf Grund Landesrechts die Zwangserziehung auch dann angeordnet werden, wenn sie zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens notwendig ist.

Die Bedeutung dieser Bestimmung liegt auf der Hand. Es fallen die Voraussetzungen, die der § 1666 BGB. zur Anordnung der Zwangserziehung erfordert, fort. Insbesondere wird hierdurch die für den Theoretiker wichtige Frage, ob das Bürgerliche Gesetzbuch ein Verschulden voraussetzt, für die Praxis abgeschwächt. Ein Verschulden verlangt die von dem Art. 135 aufgestellte Bestimmung als Voraussetzung keinesfalls. Darüber herrscht kein Streit. Eine derartige Bestimmung ist um so

mehr zu begrüßen, da durch den Fortfall der Erörterung der Frage des Verschuldensprinzips das Interesse des Minderjährigen ohne Rücksicht auf die Eltern besser wahrgenommen werden kann. Verlangt wird jetzt nur noch, daß ein völliger sittlicher Verderb droht, und daß die Zwangserziehung als diejenige Maßregel anzusehen ist, die am geeignetsten Abhilfe schaffen kann.

Zu den Voraussetzungen ist im einzelnen zu bemerken. Die Frage, wann die Zwangserziehung zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens notwendig ist, ist Auslegungsfrage. Es muß die Feststellung der Voraussetzung dem Ermessen des Vormundschaftsrichters überlassen bleiben. Seine Meinung kann der Richter nur aus den vorliegenden tatsächlichen Verhältnissen entnehmen, und er wird hier in weitestem Umfange seiner Befugnis, amtlich Ermittlungen anzustellen, Rechnung tragen müssen. Der Gemeindewaisenrat wird in den meisten Fällen zu Berichten aufzufordern sein, desgleichen werden Vormund, Pfleger, Verwandte und dritte Personen, soweit sie in irgendwelcher Beziehung zu den Verhältnissen, innerhalb deren die Minderjährigen leben, stehen, vernommen werden müssen. Recht angebracht erscheint auch hier, diese Personen nach ihrem Urteil darüber zu befragen, ob sie die Entfernung des Kindes aus seiner bisherigen Umgebung und die Anordnung der Zwangserziehung für angebracht halten. Man muß bedenken, daß der Richter nur auf Grund seines Akteninhaltes urteilen kann und sich leicht durch einen angeblichen, meistens auch ersten Eindruck über die Person des Minderjährigen zu einem Urteil verleiten lassen kann, obwohl er die wahren tatsächlichen Verhältnisse nicht genügend kennt. So wenig sich der Richter durch Rücksicht auf die Eltern, die höchst selten mit der Zwangserziehung einverstanden sind, davon abbringen lassen soll, wenn er die Entfernung des Kindes für notwendig erachtet, die Zwangserziehung anzuordnen, so vorsichtig muß er alles Für und Wider erwägen, da die getroffene Maßregel unter Umständen, z. B. wenn es sich um ein junges Kind handelt, auf viele Jahre seine Wirkung behält. Alle Zwangserziehungsgesetze lassen der einmal angeordneten Zwangserziehung ihre Wirkung bis zum 21. Lebensjahre. Durch eine Darlegung der Verhältnisse von seiten eines Vormundes oder Beistandes kann man leicht zu einer anderen Anschauung der Sachlage gelangen. Selbstverständlich ist der Richter an die Urteile anderer Personen nicht gebunden.

Was die Voraussetzungen selbst im einzelnen anbelangt, so ist nicht erforderlich, daß bereits ein völliger sittlicher Verderb eingetreten ist. Es braucht überhaupt kein sittlicher Verderb

eingetreten zu sein; es braucht nur ein solcher zu drohen und die Besorgnis zu bestehen, daß er jeden Tag eintreten könnte.[1]) Die Minderjährigen sollen gerade durch die Zwangserziehung verhindert werden, sittlich zu verderben. Sind sie einmal verdorben, so kann in den meisten Fällen auch keine Erziehung mehr nützen. Dies wird häufig übersehen und die Anordnung der Zwangserziehung abgelehnt mit der Begründung, daß zurzeit nichts Nachteiliges über den Minderjährigen vorliege. Auch ist auf die soziale Stellung der Eltern keine Rücksicht zu nehmen. Die Frage, ob eine Verwahrlosung zu befürchten ist oder etwa schon vorliegt, ist objektiv zu beantworten.[2])

Der Ausdruck „völliges" sittliches Verderben ist vom Gesetz als überflüssig hinzugesetzt, denn eine Tatsache, die eine Befürchtung sittlichen Verderbens begründet, muß auch gleichfalls immer eine Voraussetzung „völligen" sittlichen Verderbens bilden, abgesehen davon, ob man überhaupt eine Abstufung der Begriffe im einzelnen Fall, ob nun von einem sittlichen Verderb oder einem völligen sittlichen Verderb zu sprechen ist, für angebracht und überhaupt möglich hält.

Noch auf einen weiteren Umstand möchte ich aufmerksam machen, der die Voraussetzungen der Zwangserziehung betrifft und insbesondere für diejenigen Bundesstaaten von Bedeutung ist, die keine Altersgrenze für die Zulässigkeit der Zwangserziehung kennen, sondern in denen die Anordnung der Zwangserziehung für Minderjährige überhaupt, also bis zum 21. Lebensjahre, zulässig ist.

Die Anordnung der öffentlichrechtlichen Zwangserziehung ist in den meisten Bundesstaaten von dem Antrag einer besonderen Behörde — in Hamburg der Behörde für die öffentliche Jugendfürsorge — abhängig, die den Antrag zu stellen hat, wenn die Voraussetzungen des Gesetzes vorliegen. In häufigen Fällen unterbleibt nun der Antrag auf Zwangserziehung unter der Erwägung, daß mit Rücksicht auf das vorgeschrittene Alter in der noch verbleibenden kurzen Zeit der Minderjährigkeit doch kein Erfolg der Besserung zu erwarten ist. Ja diese Erwägungen haben für einige Bundesstaaten zu der Bestimmung geführt, daß eine Anordnung der Zwangserziehung nur bis zum 16. Lebensjahre für zulässig erklärt wird. Ob diese Bestimmung gerechtfertigt erscheinen mag, kann dahingestellt bleiben. Keinesfalls aber dürfen diese Erwägungen von den betreffenden Behörden in den Staaten, die diese Bestimmungen nicht kennen,

[1]) vgl. bayer. ObLG. Bd. 5 S. 41.
[2]) KG. v. 9. 11. 1905, OLG. Bd. 16 S. 240.

für den zu stellenden Antrag entscheidend sein. Sie müssen bei der Feststellung, ob die Voraussetzungen des Gesetzes vorliegen, derartige Betrachtungen aus dem Spiel lassen, eben weil das Gesetz sie nicht kennt. Im günstigsten Falle könnte das Vormundschaftsgericht erwägen, ob nicht in Anbetracht des vorgeschrittenen Alters eine Anordnung der Zwangserziehung zu unterbleiben hat. Aber auch hier hat m. A. nach das Alter nicht mitzusprechen. Es steht durchaus nicht in dem Bereiche der Unmöglichkeit, daß ein 18—20jähriger Minderjähriger, für den die Voraussetzungen zur Zwangserziehung vorliegen, eben gerade wegen seines vorgeschrittenen Alters und seiner besseren Erkenntnis durch eine andere Umgebung und andere neue Verhältnisse auf den Weg der Besserung gebracht wird.[1])

C. Die zivilrechtliche und öffentlichrechtliche Zwangserziehung.

§ 17.

Wie schon im vorhergehenden Paragraphen angedeutet, kennt das Recht zwei Arten der Zwangserziehung.

Zunächst die zivilrechtliche Zwangserziehung nach bürgerlichem Recht. Das ist diejenige Zwangserziehung, die von dem Privatvermögen des Kindes oder seiner unterhaltspflichtigen Verwandten bestritten wird. Sie ist anzuordnen auf Grund Reichsrechts und gehört zur freiwilligen Gerichtsbarkeit. Sie wird selten angeordnet werden, da in den meisten Fällen keine Mittel vorhanden sein werden. Eine Zwangserziehung liegt schon dann vor, wenn eine Unterbringung in einer geeigneten Familie angeordnet wird, d. h. also, nur eine zwangsweise Entfernung des Minderjährigen aus seiner früheren Umgebung veranlaßt wird. Hier hat nach Reichsrecht im Unvermögensfalle der Armenverband einzugreifen. Der Armenverband hat aber nur Armenunterstützung zu gewähren durch Sorge für Unterkommen, Pflege und Ernährung, nicht jedoch durch Tragung erzieherischer Kosten.[2]) Die Hauptsache wird aber immer die Erziehung bleiben, und hier wird die zivilrechtliche Zwangserziehung in Fällen der Mittellosigkeit der Familie keine Hilfe bringen können.

---

[1]) vgl. den „besonderen Fall“ im Sinne des Art. 1 Abs. 1 des bayer. Zwangserziehungsgesetzes v. 1. 5. 1905; bayer. OLG. v. 11. 8. 1906, Bayer. Zeitschr. f. R. Bd. 2 S. 405.

[2]) vgl. Reichsgesetz betr. Unterstützungswesen v. 12. 3. 1894.

Demgegenüber steht die öffentlichrechtliche Zwangserziehung. Sie ist eine Maßregel des Verwaltungsrechts und auf Grund der Landesgesetzgebung anzuordnen. Sie erfolgt unter öffentlicher Aufsicht und auf öffentliche Kosten. Die Voraussetzungen zu ihrer Anordnung hat das Landesrecht zu bestimmen, abgesehen von der Einschränkung, die das Reichsrecht im Art. 135 EG. z. BGB. gemacht hat, daß sie nämlich nur zulässig ist, wenn sie zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens erforderlich ist.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Ausdrücke „zivilrechtliche" Zwangserziehung im Sinne der §§ 1666 u. 1838 BGB. und „öffentlichrechtliche" oder „verwaltungsrechtliche" Zwangserziehung, wie sie der Art. 135 EG. z. BGB. der Landesgesetzgebung überläßt, nicht gebraucht. Es gebraucht lediglich im Art. 135 EG. z. BGB. das Wort „Zwangserziehung".

Die Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuches hat nun zu dem Mißverständnis geführt, daß sachlich zwischen der Zwangserziehung des Reichsrechts und derjenigen, deren Anordnung auf Grund des Art. 135 EG. z. BGB. den Ausführungsgesetzen überlassen ist, kein Unterschied bestände. Es wird folgender Standpunkt vertreten. Das Institut der Zwangserziehung sei teils reichsrechtlich, teils landesrechtlich geregelt. Als Reichsrecht kämen insbesondere die §§ 1666, 1838 BGB. in Betracht. Die Grenze zwischen Reichsrecht und Landesrecht werde durch den Art. 135 EG. z. BGB. gezogen. Aus dessen Wortlaut könne man schließen, daß, von den dort ausdrücklich gezogenen Schranken abgesehen, die Landesgesetzgebung auf dem Gebiete der Zwangserziehung vollkommen freie Hand habe. Aus dem Verhältnis des Reichsrechts zum Landesrecht folge aber, daß das Landesrecht keine Bestimmungen enthalten dürfe, die dem Reichsrecht zuwiderliefen. Soweit das Reichsrecht selbst die Zwangserziehung zulasse, könne deshalb das Landesrecht an den reichsrechtlich festgesetzten Voraussetzungen nichts ändern. Demnach sei u. a. auch eine Einschränkung des auf Reichsrecht beruhenden freien richterlichen Ermessens durch die Festsetzung etwa einer Altersgrenze unzulässig.[1]) Der gleiche Standpunkt wird in einer Entscheidung des Landgerichts Mainz vertreten.[2])

Die Unrichtigkeit dieser Auffassung hat Best[3]) in einer längeren Abhandlung nachgewiesen. Seinen überzeugenden Ausführungen, denen nicht zu widersprechen ist, schließen wir uns

[1]) vgl. Krug, Hess. Rechtspr. 1903 Nr. 16 S. 118 ff.
[2]) Hess. Rechtspr. 1903 Nr. 13 S. 123 ff.
[3]) Best im Recht 1904 S. 177.

an. Es ist die entgegengesetzte Ansicht von anderer Seite auch nicht weiter geltend gemacht worden.

Die von Krug vertretene Ansicht hätte zur Folge, daß gerade die zugunsten der Landesgesetzgebung gemachten Vorbehalte wegfallen würden. Und gerade in ihnen beruht die Bedeutung der Vorschrift des Art. 135 EG. z. BGB.

Daß die Zwangserziehung auf Grund der §§ 1666 u. 1838 BGB. und die auf Grund der Landesgesetzgebung angeordnete Zwangserziehung zwei gänzlich verschiedene Maßregeln sind, erhellt auch klar aus der Denkschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuch.[1]) Es heißt dort: „Als besonders wirksames Mittel, das Kind gegen den schlechten Einfluß der Eltern vor der Verwahrlosung zu schützen, hebt der Entwurf die Unterbringung des Kindes in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt hervor. Wird von dem Vormundschaftsgericht eine solche Anordnung getroffen, so entscheidet sich, wie durch das Einführungsgesetz klarzustellen sein wird, die weitere Frage, ob in diesem Falle eine öffentliche Zwangserziehung eintreten soll, nach den landesgesetzlichen Vorschriften". Die Klarstellung bezüglich dieser „öffentlichen" Zwangserziehung hat dann das Einführungsgesetz im Art. 135 vorgenommen.

Es bestehen demnach zwei Arten der Zwangserziehung. Das Vormundschaftsgericht kann die Zwangserziehung anordnen auf Grund Reichsrechts, insbesondere in den Fällen der §§ 1666, 1838 BGB. Dann kommen nur die im Reichsrecht festgesetzten Voraussetzungen in Frage. Hiervon getrennt ist die öffentlich-rechtliche Zwangserziehung, deren Gesetzgebung auf Grund des Art. 135 EG. z. BGB. dem Landesrecht zur gänzlichen selbständigen Regelung überlassen ist. Der Richter hat dann die vom Landesrecht bestimmten Voraussetzungen zu prüfen.[2])

D. Die Subsidiarität der Zwangserziehung.

§ 18.

Der Art. 135 EG. z. BGB. hat die Landesgesetzgebung, wenn sie von ihrem Rechte, Zwangserziehungsgesetze zu erlassen, Gebrauch macht, insofern eingeschränkt, daß die Anordnung der Zwangserziehung nur erfolgen kann, wenn sie zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens notwendig ist.

---

[1]) S. 230.

[2]) vgl. Cordes in Oldenb. Zeitschr. f. Verw. u. Rechtspfl. Bd. 30 S. 148.

Das preuß. Fürsorgeerziehungsgesetz v. 2. 5. 1902 und mit ihm fast alle späteren nach seinem Muster erlassenen Zwangserziehungsgesetze haben bei der Bestimmung der Voraussetzungen der landesrechtlichen Zwangserziehung diesen Fall vorgesehen und den gleichen Wortlaut gewählt. Außerdem wird in ihnen die Zwangserziehung für zulässig erklärt, wenn die Voraussetzungen der §§ 1666 u. 1838 BGB. vorliegen und die Zwangserziehung erforderlich ist, um die Verwahrlosung des Minderjährigen zu verhüten.

Letztere Vorschrift, die außer den Voraussetzungen der §§ 1666, 1838 BGB. als weitere Voraussetzung zur Anordnung der landesgesetzlichen Zwangserziehung verlangt, daß die Zwangserziehung erforderlich sei, um die Verwahrlosung des Minderjährigen zu verhüten, hat Veranlassung gegeben zur Erfindung des Schlagwortes „Subsidiarität der Zwangserziehung". Inwieweit eine derartige Subsidiarität der Zwangserziehung berechtigt ist, wollen wir kurz einer Betrachtung unterziehen.

Es wird behauptet: In den Fällen, wo die Landesgesetze davon sprechen, daß die Zwangserziehung anzuordnen, wenn sie zur Verhütung der Verwahrlosung erforderlich sei, ist diesem „erforderlich" ein ganz besonderer Sinn beizulegen.[1])

Das „erforderlich" wird dahin ausgelegt, daß die Zwangserziehung nur dann anzuordnen sei, wenn alle anderen Mittel zur Verhütung der Verwahrlosung nicht ausreichen. Die Zwangserziehung sei die ultima ratio, im äußersten Falle, nur ganz subsidiär solle sie zur Anwendung gelangen.

Diese Bedeutung der Voraussetzung des „Erforderlichseins" hat zur Folge, daß die Subsidiarität der Zwangserziehung dann nicht in Frage kommen kann, wenn die Landesgesetze diesen Ausdruck überhaupt nicht gebrauchen. Best im Recht 1904 S. 177 ff. hat zuerst auf den Unterschied der verschiedenen Behandlung der Frage nach der Subsidiarität der Zwangserziehung nach den verschiedenen Landesgesetzen aufmerksam gemacht. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß ihm in seinen Ausführungen insoweit recht zu geben ist.

Zu erörtern wäre demnach nur, wie weit im übrigen, also bezüglich der Zwangserziehungsgesetze, die die Anordnung der Zwangserziehung davon abhängig machen, daß sie zur Verhütung der Verwahrlosung erforderlich sei, ihre Subsidiarität mit Recht behauptet wird.

---

[1]) Insbes. Gordan-Lehmann-Niese N. 31 S. 11 berufen sich auf diesen Wortunterschied.

Insbesondere das Kammergericht hat in fast konstanter Praxis mit wenigen Ausnahmen den Standpunkt vertreten, daß die Anordnung der Zwangserziehung nur eine subsidiär anzuwendende Maßregel darstelle. Ihm haben sich eine Reihe Theoretiker angeschlossen. Angeführt seien die auch von Best angeführten Entscheidungen des Kammergerichts in OLG. Bd. 3 S. 424, Bd. 7 S. 78. In ihnen heißt es:

Das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 1666 BGB. reiche nicht aus, um die Fürsorgeerziehung zu rechtfertigen. Dazu gehöre vielmehr nach dem § 1 Ziff. 1 des Ges. weiter, daß diese erforderlich sei, um die Verwahrlosung des Kindes zu verhüten. Die Fürsorgeerziehung sei das letzte Mittel zur Herbeiführung einer geordneten Erziehung des von Verwahrlosung bedrohten Minderjährigen. Sie sei eine subsidiäre Maßregel und dürfe nicht erfolgen, wenn auf andere Weise die Erreichung des Zweckes der Fürsorgeerziehung sichergestellt erschiene. Sie sei insbesondere unstatthaft, wenn die Anordnung der Unterbringung nach den §§ 1666, 1838 BGB. in Verbindung mit der öffentlichen Armenpflege ausreiche, der Verwahrlosung des Minderjährigen vorzubeugen.

In der zweiten Entscheidung v. 24. 11. 1902 führt das Kammergericht aus:

Da der § 1666 BGB. an sich schon dem Vormundschaftsgericht die Anordnung der Unterbringung gestatte, so ergebe sich aus dem Wortlaut des Fürsorgeerziehungsgesetzes, daß die Fürsorgeerziehung nicht angewendet werden dürfe, wenn die Maßregeln aus § 1666 BGB. durchführbar und zur Verhütung der Verwahrlosung geeignet seien. Dies treffe aber auch bei mittellosen Beteiligten dann zu, wenn keine rein erziehlichen Aufwendungen nötig seien, sondern die von der Armenverwaltung gesetzlich darzubietende Hilfe unter Hinzunahme der erziehlichen Einwirkungen von Kirche und Schule ausreiche, um das durch die Trennung den schlechten Einwirkungen des Elternhauses entzogene Kind vor Verwahrlosung zu behüten. Allerdings brauche nach preußischem Recht der Armenverband nur Obdach, den unentbehrlichsten Lebensunterhalt und die erforderliche Pflege in Krankheitsfällen zu gewähren. Da aber bei sittlich noch unverdorbenen, nur durch den gefährdenden Einfluß ihrer Eltern vor Verwahrlosung bedrohten Kindern besondere, planmäßige und länger dauernde Erziehungsmaßregeln zur Verhütung der Verwahrlosung regelmäßig nicht erforderlich seien, so erschiene in solchen Fällen die dem Armenverbande obliegende Unterbringung ausreichend und die Fürsorgeerziehung unzulässig. Die in dem Fürsorgegesetze vorgesehenen strengen

und dauernden Erziehungsmaßregeln seien regelmäßig nur anzuwenden, wo eine intensive erziehliche Einwirkung auf einen wirklich Erziehungsbedürftigen zum Zwecke seiner Rettung von der Verwahrlosung stattfinden müsse, nicht aber da, wo schon die Entfernung aus der gefährdenden Umgebung genüge.

Insbesondere diese letzten Ausführungen des Kammergerichts sind durchaus richtig. Sie ergeben aber für die beabsichtigte Festlegung der Subsidiarität der Zwangserziehung meiner Ansicht nach gar nichts. Sie sind nichts weiter als Erwägungen, denen sich ein achtsamer Richter hingeben wird, immer wenn er die Frage nach den „erforderlichen" Maßregeln prüfen wird, ganz gleichgültig, ob er die zivilrechtliche Zwangserziehung auf Grund des § 1666 BGB. anordnen will oder die landesrechtliche Zwangserziehung unter der weiteren Voraussetzung, daß sie zur Verhütung der Verwahrlosung notwendig erscheine.

Worauf das Kammergericht in den obigen Entscheidungen hinaus wollte und in anderen Entscheidungen auch deutlich erklärt hat, ist, das Gesetz dahin auszulegen, daß der Sinn des „erforderlich" sei, dem Staatssäckel die Lasten der Zwangserziehung erst im äußersten Falle aufzuerlegen und davon abzusehen, wenn es sich ermöglichen lasse, die Kosten dem Armenverband aufzubürden.

Dieser Standpunkt ist nicht scharf genug von der Hand zu weisen.

Ein Gesetz ist „subsidiär" anzuwenden, wenn keine anderen Bestimmungen vorliegen, die denselben Zustand regeln und sich aus dem kodifizierten Rechte ergeben. Die Anordnung der Zwangserziehung ist eine subsidiäre Maßregel dann, wenn sie anzuordnen ist in dem Falle, daß alle anderen denkbaren Mittel, wie gerade Entfernung aus der früheren gefährdenden Umgebung in Verbindung mit der Hilfe des Armenverbandes, keinen Erfolg gebracht haben oder aller Wahrscheinlichkeit nach nicht die erwünschte Wirkung haben werden.

Die Unrichtigkeit dieser Folgerung ergibt sich schon daraus: Die Zwangserziehung ganz allgemein wird von dem Vormundschaftsgericht angeordnet. Einer besonderen Verwaltungsbehörde — in Hamburg die Behörde für die öffentliche Jugendfürsorge — bleibt dann überlassen, die nähere Unterbringung, Beaufsichtigung und Erziehung des Minderjährigen zu bestimmen. Es kann nun der Fall eintreten, daß z. B. infolge Vernachlässigung des Minderjährigen von seinen Eltern bezüglich seiner Erziehung insbesondere dieser Mangel zur Anordnung der Zwangserziehung geführt hat, denn der Armenverband konnte nicht herangezogen werden, da er Erziehungskosten nicht zu leisten hat, der Minder-

jährige jedoch eines besonderen Aufenthalts außer dem elterlichen Hause nicht bedurfte. Die betreffende Behörde läßt also in dem Unterkommen des Minderjährigen keinen Wechsel eintreten, sie läßt ihn im Hause der Eltern, während sie seine Erziehung in die Hand nimmt. Die Zwangserziehung mußte hiernach angeordnet werden, da, um helfend einzugreifen, andere Mittel nicht zu Gebote standen. Sie ist aber in diesem Fall noch nicht das äußerste Mittel in der von dem Kammergericht aufgestellten Skala der „erforderlichen" Maßregeln.

Es ist also nicht zutreffend, wenn man davon spricht, die Zwangserziehung sei eine subsidiäre Maßregel.

Der wahre Grund, worauf das Kammergericht hinaus will, ist die Rücksichtnahme auf den Fiskus. Es ergibt sich das insbesondere aus den folgenden Entscheidungen des Kammergerichts, in denen immer wieder darauf aufmerksam gemacht wird, daß zunächst die Frage zu erörtern sein müsse, ob nicht die Hilfe durch den Armenverband als ausreichend zu erachten sein müsse.[1])

Eine abweichende Ansicht scheint das Kammergericht in einer Entscheidung v. 8. 6. 1903[2]) einmal vertreten zu haben, wo es sagt, die Maßregeln aus § 1666 BGB. brauchen nicht erschöpft zu sein, vielmehr könne die Fürsorgeerziehung ohne weiteres angeordnet werden, wenn sich jene Maßregeln voraussichtlich als unwirksam erweisen würden.

Das ist der richtige Standpunkt. Es muß dem Vormundschaftsrichter überlassen bleiben, inwieweit er alle übrigen Maßregeln für nicht ausreichend hält, ohne in den Gründen seines Beschlusses alle jene nicht ausreichenden Maßregeln und unter ihnen insbesondere ein etwaiges Eingreifen des Armenverbandes einzeln als für den besonderen Fall nicht angebracht abgetan zu haben. Ein Durchprobieren aller möglichen Maßregeln an dem Minderjährigen, um zu erkennen, welche Erfolge erzielt werden, wird selbst das Kammergericht nicht als Voraussetzung zur endgültigen Anordnung der Fürsorgeerziehung für erforderlich halten. Ebensowenig wird man auch von dem Richter verlangen können, ausdrücklich zu den verschiedenen Maßregeln in seiner Entscheidung Stellung zu nehmen. Liegen die Voraussetzungen des Gesetzes vor, so kann das Vormundschaftsgericht ohne weiteres die Fürsorgeerziehung als erforderliche Maßregel

---

[1]) vgl. KG. v. 24. 11. 1902, KGJ. Bd. 25 A S. 201, OLG. Bd. 7 S. 78; KG. v. 8. 12. 1902, Posener Jur. MonSchr. 1902 S. 647; KG. v. 23. 9. 1901, VerwArch. Bd. 28 S. 33, KGJ. Bd. 22 S. 236, v. 11. 11. und v. 26. 10. 1901, OLG. Bd. 3 S. 421, 922; desgl. Gordan-Lehmann-Niese S. 11; Muskat, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 20 S. 265; Schmidt, Preuß. VerwBl. Bd. 23 S. 723.

[2]) OLG. Bd. 7 S. 419.

anordnen. Ob sie erforderlich ist, beruht auf den zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnissen.

Wir können uns nach den vorangegangenen Erörterungen den Ausführungen Bests nicht anschließen. Es bedarf keines besonderen Studiums der Landesgesetze und der ihrer Festsetzung vorausgegangenen Beratungen und Begründungen, um die Frage der Subsidiarität zu entscheiden. Jener Zusatz, daß die landesgesetzliche Zwangserziehung in den Fällen des § 1666 BGB. nur unter der Voraussetzung zulässig sein soll, daß sie zur Verhütung der Verwahrlosung erforderlich sei, bedeutet nichts weiter als eine mit Rücksicht auf die Bedeutung der Maßregel statuierte weitere Empfehlung zur genauen Prüfung. Der Schwerpunkt beruht aber auf den Erwägungen über die Verhütung der Verwahrlosung.

Gegen die Subsidiarität der Zwangserziehung wendet sich ferner insbesondere Endemann.[1])

Einen besonders lehrreichen Fall, der von Endemann angeführt ist, möchte ich noch wiedergeben, da er zeigt, zu welchen Konsequenzen der Grundsatz der Subsidiarität der Zwangserziehung führen kann.

Ein preußisches Vormundschaftsgericht ordnet die Zwangserziehung an, da der Vater arbeitsscheu, neunmal mit Freiheitsstrafen vorbestraft und Gelegenheitstrinker ist, sich zurzeit im Gefängnis aufhält, die Mutter dem Trunke ergeben ist und die Kinder zum Betteln anhält. Das Kammergericht hebt auf Beschwerde der Eltern den Beschluß des Vormundschaftsgerichts auf unter der Begründung, daß die Zwangserziehung eine subsidiäre Maßregel und nur anzuordnen sei, wenn andere Mittel nicht ausreichen. Es könne, da den Eltern die Sorge für die Person entzogen ist, ein Pfleger bestellt und die Kinder auf Kosten des Armenverbandes getrennt von den Eltern untergebracht werden. Als der Pfleger von dem Magistrat die Mittel haben will, lehnt dieser seinen Antrag ab. Der Bezirksausschuß entscheidet rechtskräftig, daß die von dem Pfleger geforderten Unterstützungen nicht zu den Aufgaben der Armenpflege gehören, vielmehr sei die verwaltungsrechtliche Zwangserziehung geboten.[2])

Die Folgen dieses Kompetenzkonfliktes waren, daß dem Pfleger alle Mittel fehlten, seine Aufgabe durchzuführen, und die Kinder darunter leiden mußten.

---

[1]) Bd. 2, 2 § 198a Anm. 5; vgl. auch Dernburg, Deutsches Familienrecht S. 250 unter III. und die dort angeführten Diskussionen im preußischen Abgeordnetenhause, die anläßlich der Entscheidungen des Kammergerichts stattgefunden haben.

[2]) Preuß. VerwBl. Bd. 21 S. 839.

Schlußbemerkung.

§ 19.

Alle deutschen Bundesstaaten haben die Notwendigkeit einer auf staatliche Kosten durchzuführenden Zwangserziehung Minderjähriger für geboten erachtet und die öffentlichrechtliche Zwangserziehung eingeführt und dementsprechende Landesgesetze auf Grund der Befugnis des Art. 135 EG. z. BGB. erlassen.[1])

Zweck dieser Arbeit sollte es nicht sein, außer der reichsgesetzlichen Bestimmung des § 1666 BGB., die sich auf den Schutz Minderjähriger bezieht, auch noch die nunmehr durch die Landesgesetze erlassenen Schutzgesetze einer Betrachtung zu unterziehen. Im allgemeinen sei nur bemerkt, daß die materiellen Voraussetzungen der Zulässigkeit der landesgesetzlichen Zwangserziehung fast übereinstimmend den von dem preuß. Fürsorgeerziehungsgesetz v. 2. 7. 1900 aufgestellten gleichen. Dieses Gesetz ist vorbildlich gewesen, und nach ihm haben die übrigen Bundesstaaten entweder neue Gesetze erlassen oder ihre schon bestehenden entsprechend abgeändert.

Die Gesetze sind noch alle jung. Trotzdem wird es in der kommenden Zeit nicht an Abänderungen fehlen, da an den Staat immer größere Forderungen für eine Besserung der sozial niedrig stehenden Bevölkerungsklassen gestellt werden. Und darauf läuft die Gesetzgebung in Ansehung der Zwangserziehung doch hinaus. Sie betrifft hauptsächlich die weniger bemittelten Schichten des Volkes. Und hier ist es wieder die Jugend, der eine bessere Erziehung aus den Anschauungen und Lebensverhältnissen ihrer zur Erziehung unfähigen Eltern heraushelfen soll. Neue Mittel und neue Anstalten werden eine bessere Durchführung der Zwangserziehung herbeiführen.

Mit der Zeit wird auch die Rechtsprechung auf Grund der Erfahrung und Praxis festgelegt werden. Grundsatz wird aber immer der Gedanke der freien richterlichen Prüfung bleiben

[1]) vgl. Anhang.

müssen. Für Gesetze, die neueren sozialpolitischen Schutzmaßregeln den Weg eröffnen wollen, ist eine formaljuristische Auslegungsmethode nicht geeignet. Nicht an den Wortlaut, sondern an die Tendenz des Gesetzes soll sich der Richter halten. Die Tendenz der Schutzgesetze für die Jugend geht aber dahin, ihr, wenn die erzieherischen Einwirkungen des Elternhauses nicht ausreichen, von Staats wegen das zukommen zu lassen, was sie zu nützlichen Mitgliedern der menschlichen Gemeinschaft und nicht zum wenigsten des Staates macht. Es ist der eigene Vorteil des Staates, wenn er sich tüchtige Mitglieder heranzieht. Eine Arbeit in solcher Absicht muß aber bei der Jugend begonnen werden.

§ 20.

Anhang: Die Zwangserziehungsgesetze der deutschen Bundesstaaten und Elsaß-Lothringens.

Anhalt, Gesetz betr. die Zwangserziehung Minderjähriger v. 21. 3. 1899.

Baden, Gesetz betr. die staatliche Fürsorge für die Erziehung verwahrloster jugendlicher Personen v. 4. 5. 1886 in der Fassung des Gesetzes v. 16. 8. 1900, die Zwangserziehung und die Bevormundung durch Beamte der Armenverwaltung betr. Verordn. v. 6. 2. 1906.

Bayern, Gesetz v. 10. 5. 1902, die Zwangserziehung betr.

Braunschweig, Gesetz betr. die Zwangserziehung Minderjähriger v. 12. 6. 1899.

Bremen, Gesetz betr. die Zwangserziehung jugendlicher Personen v. 18. 7. 1899.

Elsaß-Lothringen, AG. z. BGB. v. 17. 4. 1899 (§§ 123—127).

Hamburg, Gesetz über die Zwangserziehung Minderjähriger v. 11. 9. 1907.

Hessen, Gesetz betr. die Zwangserziehung Minderjähriger v. 11. 1. 1887 in der Fassung des Gesetzes, die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs betr., v. 17. 7. 1899.

Lippe-Detmold, Gesetz betr. die Unterbringung verwahrloster Kinder v. 2. 7. 1891.

Lübeck, AG. z. BGB. §§ 130—141.

Mecklenburg-Schwerin, Verordn. v. 9. 4. 1899 betr. die Zwangserziehung Minderjähriger.

Mecklenburg-Strelitz, Verordn. v. 9. 4. 1899 betr. die Zwangserziehung Minderjähriger.

Oldenburg, Gesetz für das Herzogtum Oldenburg zur Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs v. 15. 5. 1899 §§ 27—34.

Preußen, Gesetz über die Fürsorgeerziehung Minderjähriger v. 2. 7. 1900.

Reuß ä. L., Gesetz v. 26. 10. 1899, die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs v. 18. 8. 1896 und des Einführungsgesetzes von demselben Tage betr., §§ 125—135.

Reuß j. L., Gesetz betr. die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuches v. 18. 8. 1896 und des Einführungsgesetzes von demselben Tage betr. v. 10. 8. 1899 §§ 100—111.

Sachsen, Gesetz über die Fürsorgeerziehung v. 1. 2. 1910.

Sachsen-Altenburg, AG. z. BGB. v. 4. 5. 1899 §§ 109—121.

Sachsen-Koburg-Gotha, AG. z. BGB. §§ 109—121.

Sachsen-Meiningen, Gesetz v. 19. 8. 1899 betr. die Zwangserziehung.

Sachsen-Weimar-Eisenach, AG. z. BGB. v. 5. 4. 1900.

Schaumburg-Lippe, Gesetz betr. die Zwangserziehung Minderjähriger v. 30. 6. 1899.

Schwarzburg-Rudolstadt, Gesetz betr. die Zwangserziehung vom 20. 12. 1896.

Schwarzburg-Sondershausen, Zwangserziehungsgesetz v. 29. 7. 1899.

Waldeck, Gesetz v. 22. 1. 1902.

Württemberg, Gesetz betr. die Zwangserziehung Minderjähriger v. 29. 12. 1899.

Literaturverzeichnis.

Archiv für bürgerliches Recht.
Bendix, Das deutsche bürgerliche Recht.
Bericht der Reichstagskommission.
Blätter für Rechtspflege in Thüringen.
Boehm, Vormundschaftsrecht.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Crome, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Davidsohn, Ehescheidungsrecht.
Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Endemann, Bürgerliches Recht.
Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Erler, Ehescheidungsrecht.
Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Fränkel, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung.
Gordan-Lehmann-Niese, Das bürgerliche Recht.
Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch.
Hessische Rechtsprechung.
Jahrbuch der Entscheidungen von Neumann.
Jahrbuch der Entscheidungen von Warneyer.
Johow-Ring, Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts.
Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern.
Kuhlenbeck, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des preuß. allgem. Landrechts.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Mayer-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts.
Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Opet, Verwandtschaftsrecht.
Opet-v. Blume, Kommentar zum Familienrecht.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Protokolle zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Recht, Das.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
v. Schmitz, Kommentar zum preuß. Fürsorgeerziehungsgesetz.
Schultheis, Der deutsche Vormundschaftsrichter.
Schröder-Mugdan, das deutsche Vormundschaftsrecht.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
Soergel, Rechtsprechung.
Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Türcke-Niedenführ-Winter, Das bürgerliche Recht.
Weyl, System der Verschuldensbegriffe.
Württembergisches Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.
Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit.
Zeitschrift für Recht und Verwaltung.
Zeitschrift für Zivilprozeß.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, herausgegeben von Lobe.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.